

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1034

(Ano XIII)

(21/08/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

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.

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, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Direito ao trabalho e direitos humanos
Benigno Núñez Novo, 08.

ARTIGOS

Crédito Rural: Mecanismos Administrativos e Judiciais por parte do Produtor
Wilton de Sousa Castilho Júnior, 18.

A seletividade e o crime de lavagem de dinheiro: uma análise a partir da Operação Lava Jato.
Vanessa Borba Castanha de Albuquerque, 31.

A Fiscalização dos Processos Licitatórios e os Mecanismos de Controle do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins
Rosilene Luzia Perin, 49.

Economia digital: Como acabar com a guerra fiscal internacional? O principal desafio é regulatório ou comportamental?
Tatiane Moreira de Souza, 67.

O exercício da guarda compartilhada em tempos de pandemia
Paulo Amarildo de Jesus, 72.

Vetos presidenciais da lei anticrime derrubados pelo Congresso: três aspectos pontuais
Eduardo Luiz Santos Cabette e Francisco Sannini, 86.

Análise jurídica da estabilidade do servidor público concursado
Luis Chaves do Vale, 97.

Ação de Revisão no Tribunal de Contas do Estado do Tocantins e a possibilidade da aplicação do Efeito Suspensivo
Caroline Tavares Dos Reis, 115.

Direito dos desastres e gestão integrada do risco
Jair Antônio Silva de Lima, 136.

Da impossibilidade de extinção da execução de multas criminais de pequeno valor com base na lógica arrecadatória estatal

Felipe Magno Silva Fonseca, 148.

Vulnerabilidade tributária: repensando a posição jurídica do contribuinte frente ao Fisco

Thiago da Penha Lima, 178.

A análise judicial dos atos administrativos praticados pela Polícia Judiciária

Fabiano Silva Lopes Ramos, 204.

Crescimento da violência e criminalidade frente a diversidades sociais e a covid 19

Rayane Pietra Jorge Marta, 219.

Doação de bens em vida e suas limitações

Mário Gentil de Oliveira Caetano, 232.

Validade, vigência e eficácia das normas jurídicas

Fabiano Fernandes Dias e Narjara Koch, 243.

Os avanços tecnológicos e a ética: o que “2001 uma odisseia no espaço” e a inteligência artificial tem a nos dizer?

Ricardo Rodrigues dos Santos Júnior, 257.

O direito fundamental à liberdade de expressão em desacordo com outros direitos e garantias fundamentais

João Paulo Monteiro de Lima, 275.

Dos direitos sociais aos direitos difusos na ONU

Benigno Núñez Novo, 291.

Da regularização fundiária como meio de concreção da função social da propriedade. Por que regularizar?

Murilo Hakime Pimenta, 298.

A SPAC e o mercado de capitais brasileiro

Lucila Prazeres da Silva, 316.

Aborto: Liberdade de Escolha ou Crime

Clara Sales Rebechi Botelho e Monique Soares Expósito, 349.

Interrupção da gestação decorrente de violência sexual com previsão legal

Andressa Pereira De Souza, 367.

DIREITO AO TRABALHO E DIREITOS HUMANOS

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutorando em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba.

INTRODUÇÃO

O Direito Internacional do Trabalho é um capítulo ou um ramo especializado do Direito Internacional Público, os princípios que regem o Direito Internacional do Trabalho estão inseridos no art. 2.º da Carta das Nações Unidas, compreendendo os princípios gerais do Direito Internacional Público, e na Declaração referente aos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho (OIT), também chamada Declaração de Filadélfia, compreendendo os princípios específicos e fundamentais do Direito Internacional do Trabalho.

A OIT é um organismo tripartite, ou seja, sua composição é formada por representantes de entidades de trabalhadores, empregadores e governo, os três principais atores do mercado de trabalho. A OIT é um centro mundial de informações, estatísticas, pesquisas e estudos sobre trabalho. Os resultados de suas reuniões servem de referência nacional e internacional.

É o organismo responsável pelo controle e emissão de normas referentes ao trabalho no âmbito internacional, com o objetivo de regulamentar as relações de trabalho por meio das convenções, recomendações e resoluções, visando proteger as relações entre empregados e empregadores no âmbito internacional.

É dirigida por um Conselho de Administração responsável pela elaboração e controle de execução de políticas e programas da organização internacional do trabalho.

O Escritório Central da OIT, onde se concentra a maioria das atividades de administração, de pesquisa, de produção de estudos e publicações, de reuniões tripartites setoriais e de reuniões de comissões e comitês, fica em Genebra, que é o órgão permanente da Organização.

A OIT realiza anualmente (todo mês de junho) a Conferência Internacional do Trabalho que funciona como uma Assembleia Geral.

Cada Estado-Membro tem direito a enviar quatro delegados à Conferência, acompanhados por conselheiros técnicos: dois representantes do governo, um dos trabalhadores e um dos empregadores, todos com direito a voto independente.

Nestas conferências internacionais é que se originam as convenções, recomendações e resoluções que tratam das relações do trabalho. Dentre suas várias atribuições, a OIT tem uma atuação importante no cenário internacional que vale ressaltar os seguintes aspectos:

Atuação política: visando assegurar bases sólidas para a paz mundial;

Atuação econômica: visando garantir a concorrência mundial;

Atuação humanitária: denunciar os abusos e irregularidades relativas às condições de trabalho, sempre no intuito de diminuir as injustiças.

Esta pesquisa é bibliográfica e qualitativa justifica-se pela extrema relevância nos dias atuais do direito ao trabalho como um direito humano e por estar consagrado no cenário internacional.

DESENVOLVIMENTO

Ao se falar de direito do trabalho no âmbito internacional, a primeira ideia que nos vem à mente é discorrer sobre a OIT – Organização Internacional do Trabalho. De fato, esta entidade que atua desde 1919 detém a atribuição de realizar tratados, convenções e recomendações de matéria trabalhista entre seus países membros. Sua criação decorreu do entendimento constante no preâmbulo de sua constituição de que a paz universal só pode basear-se na justiça social.

Como fontes gerais do Direito Internacional do Trabalho, destacam-se: a) a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em Paris, em 10 de dezembro de 1948; e b) os pactos internacionais de direitos civis e políticos e de direitos econômicos, sociais e culturais de 1966. Já como fontes específicas do Direito Internacional do Trabalho estão: a) a Constituição da OIT de 1919; b) a Declaração Relativa aos Fins e Objetivos da OIT, aprovada na Conferência de Filadélfia em maio de 1944 e incorporada à Constituição da OIT como anexo na revisão geral empreendida pela Conferência de Montreal de outubro de 1946; c) a Declaração sobre Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho de 1988; d) a Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social de 2000; e) a Declaração da OIT sobre justiça social para uma globalização equitativa de 2008.

Cumprido ressaltar que, além da Constituição da OIT (1919), da Declaração de Filadélfia (1944) e da Declaração sobre Princípios Fundamentais e Direitos no Trabalho

(1988), também constituem fontes do Direito Internacional do Trabalho as Convenções, Recomendações e Resoluções da OIT.

A Conferência Internacional do Trabalho, uma espécie de parlamento da OIT, aprova a legislação internacional do trabalho e tem por finalidade tornar universais suas normas de proteção. A legitimidade desta conferência está acobertada por sua formação *sui generis*, em que participam de cada país membro quatro representantes, sendo dois do governo, um dos empregadores e um dos trabalhadores. A representatividade aqui conferida a todos os atores do cenário produtivo carream a sustentabilidade das decisões proferidas pela assembleia.

Esta universalização se reflete nos direitos sociais ou de segunda geração, tanto na esfera da proteção dos direitos do trabalhador à saúde e integridade física, quanto na esfera do direito econômico evitando a concorrência desleal advinda de um direito do trabalho pouco ou não regulamentado, o que leva a diferenças sensíveis no custo de mão-de-obra.

Ademais os tratados bilaterais realizados sob a égide da OIT são parte essencial em programas de migração de trabalhadores de forma digna, conservando direitos sociais e previdenciários. Faz-se referência a Direito do Trabalho no âmbito internacional pelo entendimento de que o Direito Internacional do Trabalho ocorre no esteio do Direito Internacional público, não sendo ainda autônomo do ponto de vista científico.

No Brasil, se atravessa um período em que muito se questiona o direito do trabalho. Correntes mais liberais pregam uma desregulamentação baseada em economias como a chinesa, em que o alto índice populacional e as relações de trabalho frouxas levam a níveis de produção altíssimos com um custo baixo. Sendo assim, em tempos de globalização, os direitos humanos em matéria de trabalho podem ser colocados em xeque. As proteções mínimas ao trabalhador devem ser resguardadas e impostas. Quando se fala de imposição não há referência àquela que pode levar a intervenções de um Estado em outro, absolutamente. Prega-se aqui a necessidade de uma legislação internacional do trabalho mais e mais atuante. Bem como de uma pressão política e econômica com vistas a definir critérios mínimos de dignidade para o trabalho.

Na Espanha as normas trabalhistas são regidas de acordo com a Constituição Espanhola, o Estatuto de los Trabajadores, e outras leis. Nelas, estão incluídas: o direito à sindicalização, à negociação coletiva, à greve, a um ambiente de trabalho limpo e seguro, e ao pagamento em dia. Além disso, o empregado tem direito de não ser discriminado em ambiente de trabalho, além de ter direito a outros detalhes que estejam especificados no contrato. Quanto aos contratos, é recomendado que seja feito por escrito e conter, no mínimo, o consentimento de ambas as partes, empregado e empregador.

Jornada de trabalho

A contagem da semana de trabalho na Espanha é diferente de como se contabiliza no Brasil. Na Espanha funciona o que se chama de “compensação de jornada”, onde o empregado trabalha 40 horas em uma semana e 48h na seguinte. Ou seja, em vez de trabalhar todos os sábados do mês por meio período (caso trabalhar aos sábados esteja especificado no contrato), o trabalhador cumpre sua jornada diária em dois sábados e folga nos outros dois.

14º salário na Espanha?

Ao contrário de outros países, muitas empresas espanholas pagam o 14º salário, além do pagamento do 13º. Um salário extra é recebido durante o verão, no meio do ano, e o outro pagamento é feito no fim do ano, próximo ao natal. Isso não significa, porém, que você irá ganhar mais: o salário anual tem o mesmo valor, só é dividido em 14 vezes. Este é um bom benefício, que aumenta o poder de consumo do trabalhador espanhol e, conseqüentemente, aquece a economia do País.

Férias remuneradas

De acordo com o relatório do Centro de Pesquisa Econômica e Política, os países europeus são os que mais oferecem dias de férias e folgas para os seus trabalhadores. Quem trabalha na Espanha tem direito, anualmente, a 34 dias de folga remunerada.

Licença Maternidade

A lei também garante benefícios para as trabalhadoras da Espanha que decidem ser mãe. Por lei, é direito da mulher:

Maternidade contributiva/benefício paternidade: disponível para homens empregados que interrompem seu trabalho para se tornarem pais;

Benefício para riscos durante a gravidez: para mulheres que enfrentam uma gestação de risco;

Benefício para o risco durante a amamentação: para mães que têm que parar de trabalhar enquanto amamentam, por causa de algum risco de saúde;

Prestação de maternidade não contributiva: disponível para todas as trabalhadoras que não tenham pago contribuições suficientes para a segurança social.

Jornada intensiva para o verão

Os espanhóis valorizam bastante o verão e querem curtir os momentos de sol e calor até o último minuto. Por isso, durante essa época do ano, as empresas da Espanha geralmente adiantam o horário de trabalho e intensificam a jornada, sem pausa para almoço, para que os empregados possam largar mais cedo e curtir a estação mais animada do ano. Uma jornada que começaria às 9h até às 18h, com duas horas de almoço, por exemplo, no verão tem início às 8h e termina às 14h50. Assim, os trabalhadores podem aproveitar o resto da tarde, já que o sol se põe por volta das 22h.

Assim como o Brasil, a Espanha também oferece direitos e benefícios para os seus trabalhadores. Por garantia, tudo deve ser formalizado e registrado em um contrato, e ambas as partes devem estar cientes das suas normas e especificidades.

A finalidade da OIT é assegurar uma paz mundial duradoura, que somente poder-se-á alcançar com justiça social. Por isso mesmo à OIT foi assegurada ampla competência para cuidar de questões que visem o alcance da justiça social. Com essa intenção foi consagrado o entendimento de que a paz, muito além de ser a mera ausência de guerras, tem a ver com o estabelecimento entre os Estados de condições para o desenvolvimento do ser humano em seus mais amplos aspectos, especialmente com a busca por erradicar a opressão econômica e a ausência de oportunidades profissionais, que geram as mais graves violações aos direitos fundamentais.

As Convenções de Viena de 1969 e 1986 sobre Direito dos Tratados consolidaram o entendimento de que o direito de assinar tratados não é apenas prerrogativa de Estados. Com isso foi ratificada a possibilidade das demais pessoas internacionais, como os organismos multilaterais, firmarem convenções.

As convenções da OIT podem ser consideradas tratados multilaterais abertos, de caráter normativo. São tratados multilaterais porque podem ser ratificados por um número ilimitado de Estados, bastando para tanto que este seja membro da OIT. Além disso, um Estado pode ratificar uma convenção da OIT a qualquer tempo, ainda que, quando da elaboração da convenção, esse Estado nem mesmo fosse membro da entidade.

As Convenções da OIT, sob o prisma da natureza de suas normas, podem ser classificadas em autoaplicáveis, de princípios e também promocionais. As autoaplicáveis são as que não necessitam de regulamentação dos Estados; as convenções de princípios são aquelas que traçam as diretrizes normativas para os Estados, a fim de que estes possam desenvolvê-las em seus ordenamentos jurídicos e as convenções promocionais traçam objetivos a serem alcançados a médio e longo prazo, cabendo aos Estados a elaboração dos passos necessários.

A Recomendação é na verdade um protótipo de Convenção que não obteve aprovação em número de votos suficientes para alcançar a qualidade de Convenção. Tem

força apenas de sugestão, não cria qualquer direito ou obrigação, trata-se de norma facultativa. Em que pese a real eficácia dessas Recomendações frente aos Países associados à OIT, não resta dúvida que está de fato é inexistente, ante a falta de obrigatoriedade de sua observância.

Mesmo quando se fala de uma Convenção, que priori deveria ser seguida pelos membros da OIT, observa-se que na prática, estas também não possuem muita eficácia, esbarrando-se na incompatibilidade legislativa com a Constituição desses países ou na falta de vontade política para a sua regulamentação.

No Brasil por força do que dispõe a Constituição Federal em seu art. 8º, inciso II, foi adotada a Unicidade Sindical, isto é, não poderá haver mais de um Sindicato, representando uma categoria profissional, dentro de uma mesma base territorial (não inferior à área de um município), o que inviabilizou a adoção da Convenção nº 87 da OIT, que conferia uma liberdade sindical mais ampla, com a possibilidade de mais de um Sindicato para a mesma categoria dentro de uma única base territorial (Pluralidade sindical). Tal impedimento se dá posto que uma Lei Federal (Categoria em que se encaixam as Convenções Internacionais), não pode contrariar por força hierárquica a Constituição Federal. Já por falta de vontade política a Convenção nº 158 da OIT, que chegou a ser ratificada no Brasil pelo Decreto 2.100/96, criando dificuldades para que ocorressem dispensas arbitrárias de trabalhadores, logo após sua recepção foi denunciada, ou seja, banida do ordenamento Jurídico nacional perdendo sua eficácia.

Vale ressaltar que a ratificação ou não, bem como a permanência ou não de uma Convenção já ratificada ou mesmo o descumprimento de uma convenção internacional, por qualquer que seja o país, não tem resultado em muito sérias consequências, até porque, trata-se de uma faculdade a recepção ou a permanência de tais convenções internacionais no ordenamento jurídico do país membro da OIT.

A OIT se posicionou a pedido de cinco centrais sindicais brasileiras, que haviam enviado uma carta à entidade no dia 16 de junho 2017. A resposta é assinada por Corinne Vargha, diretora do Departamento de Normas Internacionais da organização.

Um dos pontos da reforma trabalhista mais criticados pelos sindicatos é aquele que prevê que acordos coletivos e individuais prevaleçam sobre a legislação. No entanto, segundo Vargha, isso só deve ser incentivado caso propicie "condições de trabalho mais favoráveis do que as previstas na lei".

"Uma disposição que instituísse a derogabilidade [anulação] geral da legislação trabalhista por meio da negociação coletiva seria contrária ao objetivo da promoção da negociação coletiva livre e prevista pelo convênio", escreveu a diretora, depois de ressaltar que tal questão já havia sido apresentada pela Central Única dos Trabalhadores (CUT).

Além disso, Vargha afirmou que vários convênios da OIT assinados pelo Brasil exigem que medidas legislativas desse tipo sejam "precedidas de consultas com as organizações que representam os trabalhadores", o que os sindicatos alegam que não aconteceu.

A reforma acabou com a obrigatoriedade da contribuição sindical, regulamenta o trabalho remoto (home office), permite o parcelamento das férias em até três vezes (hoje o limite é de duas parcelas) e institui as jornadas diárias de 12 horas, com 36 horas de descanso.

Ainda conforme a OIT, nas convenções 154 e 155, "as medidas adotadas por autoridades públicas para estimular e fomentar o desenvolvimento da negociação coletiva devem ser objeto de consultas prévias e quando possível, de acordos entre as autoridades públicas e as organizações de empregadores e trabalhadores".

No início dos anos 90, a OIT não cessou de dirigir seus esforços de maneira sistemática a fim de modernizar e reforçar seu sistema normativo. Resultados particularmente notáveis para os oito convênios fundamentais, cuja visibilidade e impacto devem-se à campanha de ratificação lançada em 1995, e com à adoção, em 1998, da Declaração relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho e seu Seguimento. A OIT já anota mais de 6.800 ratificações às suas Convenções. As normas internacionais do trabalho são essencialmente expressões de acordos tripartites, que refletem um processo legislativo único no mundo.

No Brasil, com representação desde 1950, além da promoção permanente das Normas Internacionais do Trabalho, do emprego, da melhoria das condições de trabalho e da ampliação da proteção social, a OIT tem atuado em parceria com o governo, sindicatos e o setor privado em programas que visam combater abusos e exploração de trabalhadores em todo país. Como o combate ao trabalho forçado, ao trabalho infantil e ao tráfico de pessoas para fins de exploração sexual e comercial, à promoção da igualdade de oportunidades e tratamento de gênero e raça no trabalho e à promoção de trabalho decente para os jovens, entre outros. A OIT por conta dos seus diversos estudos, por sua atuação independente, técnica e proativa em vários países, é hoje (sem sombra de dúvidas) a organização mais importante e mais respeitada no campo trabalhista e social no mundo, desempenhando papel fundamental na difusão e padronização de normas e condutas na área do trabalho.

As Convenções da OIT se materializam na legislação interna de cada Estado, mas uma vez ratificada deve ser cumprida, com, inclusive, controle por parte da própria OIT. O sistema brasileiro demonstra que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna dependem de um ato subjetivamente complexo, resultado da conjugação de duas vontades, do Congresso Nacional, conforme estabelecido no art. 49, I da Constituição, que profere o decreto legislativo, tendo em vista que tem

competência exclusiva para resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais, e concomitantemente o Presidente da República, que, conforme art. 84, VIII, é competente para celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso, e tem competência, ainda para promulga-los mediante decreto presidencial.

Em 2005, Armand Pereira, ex-diretor da OIT no Brasil, foi um dos responsáveis pelo relatório que teve como tema “Trabalho escravo no Brasil do século XXI”. Em tal relatório levantou a problemática da impunidade de crimes contra direitos fundamentais no Brasil, que, milhares de brasileiros, para garantir sua sobrevivência se submetem a situações degradantes e deixam-se enganar por promessas fraudulentas, quando dirigidos por empregadores gananciosos e desonestos. Apesar de demonstrar que no Brasil ainda é constante e persistente a prática do trabalho escravo, demonstrou que há uma luta do governo federal em conjunto com a sociedade civil desde 1995, para combaterem o problema. E, em 2002 a OIT iniciou no país um projeto para ajudar as instituições nacionais a erradicar o problema.

Várias denúncias foram feitas ao Comitê dos Expertos da OIT desde 1985, mas o reconhecimento oficial do programa ocorreu apenas em 1995. O relato revela ainda uma declaração do governo brasileiro que estimou a quantia de 25.000 trabalhadores que vivem na situação de trabalhadores escravos no país. Foi constatado, portanto, que, apesar do reconhecimento internacional dos esforços brasileiros em buscar o cumprimento nas Convenções nº29 e 105, ratificadas pelo Brasil, que tratam da abolição do trabalho escravo e na Declaração sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho, com, inclusive projetos aprovados pelo governo federal, como o de “Combate ao Trabalho Escravo no Brasil”, que iniciou suas atividades em abril de 2002, com recursos da ordem de US\$ 1,7 milhão, a ser distribuído entre as instituições nacionais que defendem os direitos humanos, o trabalho escravo ainda persiste no Brasil, com exploração e condições degradantes de vida, sem uma preocupação social relevante, seja por desconhecimento ou falta de atitude da própria população.

Consiste a OIT em uma organização internacional criada para amenizar as diversas espécies de problemas ligados à injustiça social, na tentativa de extingui-los ou pelo menos amenizá-los. É importante lembrar que o objetivo da OIT não se restringe a melhorar as condições de trabalho, mas a melhorar a condição humana no seu conjunto, daí a importância maior desta Organização.

As normas da OIT possuem características de universalidade e flexibilidade, alcançam as mesmas aplicação e validade em escala mundial, baseadas em situações mais realistas, uma vez que no processo de elaboração das mesmas participam os homens ao lado dos Estados.

No sistema de normas internacionais da OIT se destacam as Convenções (tratados internacionais ratificáveis) e as Recomendações (instrumentos facultativos de orientação para a política e as ações nacionais), que quando não se tornam normas da legislação nacional através da ratificação, servem de base para a atividade legislativa dos Estados.

Ainda que não ratifiquem alguma Convenção, os Membros da OIT devem realizar, de boa fé e em conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas Convenções. No intuito de que consigam fazê-lo, a OIT assume a obrigação de ajudá-los, promovendo políticas sociais sólidas, a justiça e instituições democráticas.

CONCLUSÃO

O Direito Internacional do Trabalho está comprometido em garantir a promoção e a ampliação das conquistas sociais já alcançadas pelos trabalhadores. Todos os objetivos da OIT visam a estabelecer critérios básicos de proteção ao trabalhador, regulando a sua proteção no plano internacional, objetivando assegurar padrões mais condizentes de dignidade e de bem-estar social. O Direito Internacional do Trabalho não se ocupa apenas das regras ou das fontes específicas (sejam elas formais ou materiais) oriundas da Conferência Internacional do Trabalho da OIT, e, sim, de todos os diplomas internacionais que contêm disposições sociais e que influenciam, de algum modo, por assegurarem a proteção e a promoção dos Direitos Humanos dos trabalhadores em escala internacional.

O direito ao trabalho é um direito humano em um âmbito internacional, e um direito fundamental no âmbito jurídico de cada país, em sua forma. No Brasil, esse direito é assegurado pela nossa Constituição da República de 1988 e na Espanha assegurado na Constituição espanhola de 1978 no art. 35, onde declara que todos os espanhóis "têm o dever de trabalhar e o direito ao trabalho", além da livre escolha da profissão ou de seu ofício (art. 35.1).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 6 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 591 de 6 de julho de 1992.** Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 6 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 592 de 6 de julho de 1992.** Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 6 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 19.841 de 22 de outubro de 1945.** Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 6 jul. 2021.

ESPANHA. **Constituição Espanhola, 27 de dezembro de 1978.** Madri, 1978. Disponível em: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>. Acesso em: 6 jul. 2021.

ONU. Brasil. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 6 jul. 2021.

CRÉDITO RURAL: MECANISMOS ADMINISTRATIVOS E JUDICIAIS POR PARTE DO PRODUTOR

WILTON DE SOUSA CASTILHO JÚNIOR:
Bacharelado em Direito pela Universidade
UNIRG de Gurupi - TO

VERÔNICA SILVA DO PRADO DISCONZ¹

(orientadora)

Resumo: A presente pesquisa tem por finalidade discorrer sobre o crédito rural e a sua importância para o produtor e para o país, através de uma análise jurídica e importante observar como o produtor rural pode utilizar-se de meios administrativos e judiciais para ter acesso a meios que auxiliam na produção. A pesquisa tem caráter descritiva e foi elaborada em uma análise bibliográfica, não possuindo opinião direta do pesquisador em sua feitura. obsta salientar que a relevância científica é dada pela importância da agropecuária para o País, visto que é um dos grandes influenciadores da economia. Portanto, a facilidade de acesso aos créditos rurais deve ser feita com menos amarras jurídicas possíveis para o produtor rural.

Palavras-chave: crédito rural; produtor; judicial.

Abstract: The present work aims to discuss rural credit and its importance to the producer and for the country through a legal analysis and how important it's to observe how the producer can use administrative and legal means to have access to tactics that assist in the production. The research has a descriptive character and was elaborated in a bibliographic analysis, having no direct opinion of the researcher in its making. Note that the scientific relevance is given by the importance of agriculture for the country, since it is one of the great influencers of the economy. Therefore, the ease of access to rural credits must be made with the fewest legal ties possible for the rural producer.

Keywords: Rural Credit. Producer. Legal.

INTRODUÇÃO

¹ Graduada em Direito na FAFICH (2000); Pós- Graduada em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista pela Anhanguera (2005); Mestre em Gestão Pública pela UFT (2018); Professora na Unitins de Palmas/TO; Diretora-Geral da ESA-TO (Gestão atual), Professor Universitário de Direito na Universidade UnirG, Gurupi/TO.

Desde a criação do crédito rural, pode-se observar muitas evoluções e melhorias, colocando em foco uma nova forma de atuação a cada década, para assim se adequar com a nossa economia e maneiras de lida com os investimentos.

Decorrente dessa evolução têm-se a atuação da administração como um dos princípios regentes dentro desse impacto no meio rural. Para um bom desenvolvimento dessa administração temos a junção de três conceitos que é o objetivo, o recurso e o tempo, que juntos ajudam no desenvolvimento e crescimento dos investimentos.

Pode-se observar que diante de toda essa produtividade decorrente do progresso dos princípios no meio rural temos o surgimento de três dimensões que são de grande importância no impacto do crédito rural, são elas: as linhas de crédito, tipos de produtores e finalidade do crédito. Com isso podemos ver os fatores que contribui em cada um.

Deve-se pautar também que além de todo os esforços por parte do produtor rural estando vulneráveis a um período de crise, mas geralmente são por fatores que estão fora do seu alcance como alterações na política comercial, mudanças climáticas, falta de infraestrutura, dificuldade em entender a legislação de fiscalização e trabalhista.

Notável que esse assunto é de extrema importância principalmente para os produtores rural, mas não se tem uma explanação recorrente que venha a ajudar em especial os pequenos produtores que passam por essas dificuldades e não sabem nem como, tão pouco a quem recorrer.

A pesquisa foi desenvolvida pelo método bibliográfico, valendo-se de materiais já publicados, artigos científicos, documentos e legislação vigente, utilizando-se do método descritivo. Portanto, a mesma é somente uma revisão documental, não possuindo a opinião do pesquisador na sua elaboração.

O objetivo do tema discorrido nesse trabalho é apresentar uma análise sobre os impactos dos créditos rurais no decorrer de toda a sua jornada na nossa economia atual, onde se vê um forte aproveitamento em áreas de grande investimento, em que esse impacto se tornou essencial e fez com que os investidores nesse ramo se dedicassem ainda mais.

1. Crédito Rural

O Brasil é conhecido mundialmente pelo seu crescente avanço na agricultura, esse avanço que contribui diretamente para desenvolvimento da economia, não seria possível sem o chamado crédito rural.

O crédito rural pode ser considerado o principal instrumento da política agrícola brasileira. Desde o advento da lei 4.829/1965, onde foi institucionalizado como política

de desenvolvimento da produção rural do país, é considerado como sendo o mecanismo mais intenso de atuação do governo em apoio à agropecuária nacional, dispondo assim em seu a Art. 2º:

Considera-se crédito rural o suprimento de recursos financeiros por entidades públicas e estabelecimentos de crédito particulares a produtores rurais ou a suas cooperativas para aplicação exclusiva em atividades que se enquadrem nos objetivos indicados na legislação em vigor. (BRASIL, 1965)

Segundo o Conselho Nacional da Agricultura – CNA (2017), conceitua-se em:

É o suprimento de recursos financeiros, por entidades públicas e estabelecimentos de crédito particulares (instituições do Sistema Nacional de Crédito Rural – SNCR), destinados a produtores rurais e suas cooperativas, para aplicação exclusiva nas finalidades e condições estabelecidas no Manual de Crédito Rural (MCR). O Conselho Monetário Nacional (CMN) aprova as normas relativas à política de crédito rural, às quais devem subordinar-se os beneficiários e as instituições financeiras que operam no Sistema Nacional de Crédito Rural (SNCR). Essas normas são divulgadas por resoluções do Banco Central do Brasil e consolidadas no Manual de Crédito Rural (MCR). (CNA, 2017, on-line)

Como explanado acima, essa modalidade é de suma importância, de acordo com dados do Portal Brasil, pois provam que a expectativa de crescimento do Produto Interno Bruto (PIB) agrícola e pecuário seria de 3,61% para 2017. Ao fim do ano os resultados foram ainda melhores, afinal, a agropecuária puxou o PIB de 2017, registrando um crescimento acumulado de 14,5%. (PORTAL BRASIL, 2017 Apud CRESOL, 2020)

De forma que, o crédito rural é, nada mais que o financiamento que auxilia os trabalhadores rurais, cooperativas e associações a expandir suas produções, investir e movimentar o comércio da produção agropecuária. De acordo com o art. 3º da lei 4.829/1965:

Art. 3º São objetivos específicos do crédito rural:

I - estimular o incremento ordenado dos investimentos rurais, inclusive para armazenamento beneficiamento e industrialização dos produtos agropecuários, quando efetuado por cooperativas ou pelo produtor na sua propriedade rural;

II - favorecer o custeio oportuno e adequado da produção e a comercialização de produtos agropecuários;

III - possibilitar o fortalecimento econômico dos produtores rurais, notadamente pequenos e médios;

IV - incentivar a introdução de métodos racionais de produção, visando ao aumento da produtividade e à melhoria do padrão de vida das populações rurais, e à adequada defesa do solo; (BRASIL, 1965)

Considerando a importância do crédito rural, têm-se procurado sistematizá-lo dentro de um marco regulatório suficientemente forte para garantir sua exequibilidade, adaptando-o com flexibilidade às políticas governamentais e às condições sazonais típicas da atividade agrícola. Devido a isso, a fundamentação do crédito rural advém de Decretos administrativos, resoluções do Comitê Monetário Nacional e circulares e cartas-circulares do Banco Central do Brasil. (MARTINS, 2010)

1.1 Evolução histórica do Crédito Rural

Vislumbra-se salientar que em 40 anos o crédito rural passou por várias mudanças que trouxeram ao produtor rural diversas “facilidades” no momento de produzir na sua terra. Destarte, importante destacar que as mutações advindas com tempo trouxeram diversos fatores de mutabilidade ao título de crédito rural, assim discorre Martins (2010):

1964: criação do Sistema Nacional de Crédito Rural, por meio da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964;

1965: institucionalização do Crédito Rural, através da Lei nº 4.829, de 5 de novembro de 1965;

1966: edição do Decreto nº 58.380, que aprovou o Regulamento do Crédito Rural;

1967: resolução do Conselho Monetário Nacional tornou obrigatório o direcionamento de 10% dos depósitos à vista no sistema bancário para a concessão de crédito ao setor agrícola;

1967: o Decreto-Lei nº 167, de 14 de fevereiro de 1967 dispõe sobre os títulos de crédito rural;

1986: extinção da conta-movimento, o que limitou os recursos para o crédito rural à disponibilidade da União;

1986: criação da poupança rural;

1991: aumento da participação do BNDES no crédito rural através do Finame Rural e do Programa de Operações Conjuntas e do Programa de Operações Diretas;

1995: criação do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf);

1996: criação do Programa de Securitização das dívidas dos agricultores, que permitiu o reescalonamento do vencimento das operações a taxas de juros compatíveis com a atividade agropecuária;

1998: criação do Programa de Revitalização das Cooperativas Agropecuárias (Recoop).

1973: institucionalização do Programa de Garantia da Atividade Agropecuária (Proagro), por meio da Lei nº 5.969, de 11 de maio de 1973; (MARTINS, 2010, on-line)

Dessa forma, compreende que o objetivo é realizar estimativa de custos, investimentos, comercialização e industrialização do setor agrícola. Também visam melhorar a produtividade e a cultura agrícola, com vistas para aumentar a rentabilidade do financiamento e da mineração, melhorar as práticas rurais e melhorar as condições de vida e de trabalho das unidades rurais beneficiárias.

2. Aspectos Jurídicos e Administrativos do crédito rural.

A disposição do artigo 7º da Lei nº 4.829, de 5 de novembro de 1965, deu criação ao Sistema Nacional de Crédito Rural (SNCR), logrado através da junção do Banco Central do Brasil, Banco do Brasil S/A, Banco da Amazônia S/A e Banco do Nordeste S/A; contando com a vinculação do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), banco privados e estaduais, Caixas Econômicas Federais, cooperativas de crédito rural e sociedades de crédito, financiamento e investimentos; e como instituições articuladas, os órgãos oficiais de valorização regional e de prestação de assistência técnica. (MARTINS, 2010, on-line).

Assim, Cardoso (2011) discorre sobre a relevância do SNCR:

O Brasil é um País de dimensões continentais e apresenta vocação para as mais variadas atividades agrícolas e pecuárias por apresentar peculiaridades climáticas e de solo que lhe propiciam cultivar e criar variadas espécies, destacando-se atualmente como um dos

principais produtores e exportadores de diversos produtos agropecuários. Para viabilizar e desenvolver toda a produção do agronegócio brasileiro, foi instituído o SNCR com a finalidade de conceder crédito para suprir recursos financeiros ao produtor rural, de modo a viabilizar seus empreendimentos agropecuários. (CARDOSO,2011, on-line)

Destaca-se conforme o site SIAGRI (2020) as finalidades mais relevantes:

Custeio agrícola: visa cobrir as despesas do plantio até a colheita.

Crédito de investimento: visa aquisição de bens ou serviços duradouros, como a aquisição de um maquinário ou construção de benfeitorias.

Crédito de comercialização: permite a comercialização dos produtos no mercado, cobrindo as despesas próprias dessa fase.

Industrialização: possibilita a industrialização dos produtos agropecuários, agregando valor aos mesmos.

Crédito de investimento: visa aquisição de bens ou serviços duradouros, como a aquisição de um maquinário ou construção de benfeitorias. (SIAGRI,2020, on-line)

Ademais, a legislação que regula a política de crédito agrícola, convalidada na ótica do sistema de crédito na disposição de todos os componentes financeiros, com a intenção de incentivar o aumento da produção agropecuária através da disseminação da política de financiamento das atividades agrícolas, por intermédio da implementação de melhorias obtidas pela disponibilidade de recursos aplicáveis por todos os agentes financeiros nas diferentes fases do processo produtivo. (CARDOSO,2011)

Hoje no Brasil, existem vários programas de crédito rural que se valem do benefício através do porte do produtor e a finalidade:

PRONAMP: destinado para pequeno ou médio agricultor familiar;

INOVAGRO: destinado a inovação tecnológica;

PRONAF: investimento e custeio da propriedade;

MODERAGRO: modernização e expansão da produtividade nos setores agropecuários;

PCA: ampliação, modernização e reforma da capacidade de armazenamento. (SIAGRI, 2020, on-line)

Vislumbrando tais informações que se desdobram em uma ótica administrativa, insta afirmar que existe meios judiciais para analisar o crédito rural. Principalmente através da análise do contrato, em especial pelo Título de Crédito Rural possuir força de lei, conforme a jurisprudência disciplina:

APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO - CÉDULA DE CRÉDITO RURAL – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA - REJEITADA – LAUDO PERICIAL DESNECESSÁRIO – MÉRITO - NECESSIDADE DE JUNTADA DE DOCUMENTOS ORIGINÁRIOS - TESE REFUTADA - TÍTULO EXECUTIVO AUTÔNOMO – A CÉDULA DE CRÉDITO RURAL É EXIGÍVEL PELO SEU VALOR INDICADO NO PRÓPRIO CONTEÚDO DO DOCUMENTO – REQUISITOS PREENCHIDOS – RECURSO DESPROVIDO. 1, Consoante o princípio do livre convencimento motivado do juiz, ele é o destinatário final das provas, cabendo-lhe, pois, decidir quanto à necessidade ou não dessas, não configurando cerceamento de defesa a decisão pelo julgamento antecipado do feito ou o indeferimento do pedido de produção probatória, especialmente quando o magistrado entender que os elementos contidos nos autos são suficientes para formar seu convencimento. **2. A liquidez decorre da possibilidade de identificação do valor da dívida tão somente com base nas informações constantes do próprio título e através de simples cálculos aritméticos. A Cédula de Crédito Rural é, por força de lei, título executivo civil, líquido e certo, exigível pelo seu valor indicado no próprio conteúdo do documento, demonstrativo de débito ou por extratos.** 3. Quanto ao laudo pericial apresentado pelo apelante, este não comporta apreciação, pois, como visto, desnecessária prova pericial no presente caso, bastando a declaração dos encargos abusivos.*

(TJ-MS - AC: 08102141120178120002 MS 0810214-11.2017.8.12.0002, Relator: Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Data de Julgamento: 11/03/2021, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 15/03/2021) (Grifo meu)

Ao fazer tal análise, observa-se que para a convalidação dos contratos agrários para exigibilidade do título de crédito, é aplicado às temáticas do direito civil contratual:

Nada obstante haver um regramento específico regulando os contratos agrários típicos (arrendamento e parceria), não se pode

esquecer que a eles se aplicam os princípios do direito civil contratual, como (a) a autonomia da vontade (poder de os contratantes disporem livremente sobre o objeto do contrato e com quem lhes convêm); (b) a probidade (contratante realizar e cumprir a avença com honradez e honestidade); (c) a boa-fé (conduta a ser observada pelos contratantes na execução das obrigações de contratar); (d) a força vinculante dos contratos (contrato se torna lei entre as partes, devendo ser cumprido em todos os seus termos); a (e) teoria da imprevisão (possibilidade de revisão com o fim de restabelecer a proporcionalidade das obrigações) e a (f) resolução contratual (em caso fortuito, força maior ou onerosidade excessiva). (CHIANCA, 2020, on-line)

Para as vias judiciais, deve-se ser levado em conta a necessidade do produtor e o que deu causa para sua procura, principalmente com os últimos anos. A viabilidade do questionamento do contrato vai depender da situação, todavia fundado no princípio da boa-fé contratual objetiva, em que o Magistrado, observando o caso concreto, poderá reduzir proporcionalmente a vantagem obtida por uma das partes contratantes, em decorrência da situação de paralisia sistêmica/estrutural, tendo por objetivo principal restabelecer o equilíbrio contratual entre as partes. (FILHO,2020)

Entretanto, é importante ressaltar que a ingerência judicial nas disposições contratuais se trata de situação extraordinária e excepcionalíssima, devendo o desequilíbrio contratual ser devidamente comprovado no caso concreto, caso contrário se manterá incólume ao pactuado entre as partes, em virtude do princípio da força vinculante dos contratos. (FILHO,2020)

3. Pandemia do novo Coronavírus (Sars-Cov-2) e o título de crédito rural.

O novo coronavírus causou um impacto a nível tanto nacional quanto mundial. Um contrato que com certeza foi afetado pela pandemia é o de crédito rural - que consiste em recursos financeiros provenientes de instituições do Sistema Nacional de Crédito Rural (SNCR).

Observando novos acontecimentos, o BACEN publicou, em 13/04/20, a Resolução n. 4.801, de 9 de abril de 2020 "autorizando, para produtores rurais, inclusive agricultores familiares cujas atividades tenham sido prejudicadas em decorrência das medidas de distanciamento social adotadas para mitigar os impactos da pandemia provocada pela Covid-19."

Pode-se analisar que institutos como da teoria da imprevisão, onerosidade excessiva, caso fortuito e força maior ganham repercussão na seara jurídica. (FILHO,2020) De forma que, destaca-se sobre a teoria da imprevisão:

Como dito, o contrato tem uma função social que deve ser respeitada pelos contratantes, cabendo ao poder público (poder judiciário) coibir qualquer tipo de desequilíbrio contratual causado por um acontecimento imprevisível e/ou inevitável e que venha gerar onerosidade excessiva a um dos contratantes. Portanto, a teoria da imprevisão tem cabimento nos contratos, desde que haja um fato imprevisível; ausência de estado moratório; dano em potencial (desequilíbrio contratual); e excessiva onerosidade de uma das partes e de extrema vantagem de outra. (LEITE, 2020, on-line)

A teoria de imprevisão está disposta no art. 317 do Código Civil, dispõe o que segue: *"Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação". (BRASIL, 2002)*

É importante notar que esses fatos imprevisíveis não podem ser considerados como tudo além da capacidade de previsão das partes contratantes. Os motivos considerados imprevisíveis, podem ser definidos como o fato de as partes não poderem prever, espelhando na economia ou na execução do contrato, autorizando a sua resolução ou revisão, para ajustá-lo às circunstâncias supervenientes. (LEITE, 2020).

No caso da onerosidade excessiva é disposta no art. 478 CC/02, discorre que:

Nos contratos de execução continuada ou diferida, caso a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato, podendo, ainda, o devedor optar em modificar equitativamente as condições do contrato. (BRASIL, 2002)

Como já foi dito, isso ocorre porque a própria pandemia Covid-19 não tem o direito de por si só atingir a atividade rural explorada pelos produtores rurais, devendo eventual desequilíbrio contratual, ser comprovado de forma eficaz para a realização de reajustes contratuais por meio de intervenção judicial com base na boa-fé objetiva e demais sistemas jurídicos que se apliquem a esse pressuposto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CIVIL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO LOCATÍCIO NÃO RESIDENCIAL. ALEGAÇÃO AUTURAL DE ONEROSIDADE EXCESSIVA, EM RAZÃO DO ÍNDICE IGP-M APLICADO PARA REAJUSTE DO VALOR DO ALUGUEL, BEM COMO DIFICULDADE FINANCEIRA EM RAZÃO DA PANDEMIA DO COVID-

19. PEDIDO DE FIXAÇÃO DE ALUGUEL PROVISÓRIO EQUIVALENTE A 90% DO TOTAL DEVIDO. DECISÃO INDEFERINDO A TUTELA DE URGÊNCIA. RECURSO DA AUTORA. 1. Da leitura do artigo 300, do CPC, decorre a necessidade de prova inequívoca, para incutir no julgador a verossimilhança das alegações formuladas pelo pretendente, bem como o receio de dano irreparável ou de difícil reparação para efeito de concessão da antecipação dos efeitos da tutela. 2. Em sede de cognição sumária, cabe ao Juiz dirigente do processo aferir a relevância do direito alegado (fumus boni iuris), o que tanto pode conduzir ao deferimento ou indeferimento do pleito. 3. **O artigo 478 do Código Civil estabelece a possibilidade de resolução dos contratos de trato sucessivo, caso sobrevenha evento extraordinário e imprevisível capaz de tornar a prestação de uma das partes excessivamente onerosa com extrema vantagem para a outra.** 4. Agravante se restringiu a apresentar contrato locatício comercial e seus respectivos aditamentos, bem assim matéria jornalística veiculando a redução no consumo sem, todavia, trazer aos autos balanços para demonstrar a queda em seu faturamento. 5. Planilha de reajustes de aluguel a qual não comprova que a manutenção do índice IGP-M implicará extrema vantagem para o locador, sendo certo que o feito exige a produção de prova pericial contábil para apuração da onerosidade excessiva alegada, devendo ser prestigiado, por ora, o critério contratual adotado, em respeito ao princípio do pacta sunt servanda. Precedente: 0154819-91.2017.8.19.0001 - Apelação - Des (a). Mônica Maria Costa Di Piero - Julgamento:02/07/2019 - Oitava Câmara Cível. **6. A ocorrência da pandemia e seus impactos pelas medidas de restrição, por si só, sem a efetiva comprovação do desequilíbrio contratual, não autoriza, nesta fase processual, a extrema intervenção no contrato livremente pactuado pelas partes, sendo descabido transferir eventuais reflexos financeiros causados exclusivamente para um dos contratantes.** 7. Probabilidade do direito autoral e periculum in mora ausentes, restando escorreita a decisão que indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela, sendo imprescindível maior dilação probatória. Precedentes: 0031310-24.2020.8.19.0000 - Agravo de Instrumento - Des (a). Cezar Augusto Rodrigues Costa - Julgamento: 16/03/2021 - Oitava Câmara Cível; 0045123-21.2020.8.19.0000 - Agravo de Instrumento - Des (a). Sônia de Fátima Dias - Julgamento: 16/03/2021 - Vigésima Terceira Câmara Cível; 0026387-52.2020.8.19.0000 - Agravo de Instrumento - Des (a). Luiz Fernando

de Andrade Pinto - Julgamento: 01/07/2020 - Vigésima Quinta Câmara Cível. 8. Incidência do verbete sumular nº 59 deste E. TJRJ, segundo o qual "somente se reforma a decisão concessiva ou não, da tutela de urgência, cautelar ou antecipatória, se teratológica, contrária à lei, notadamente no que diz respeito à probabilidade do direito invocado, ou à prova dos autos". 9. Recurso conhecido e desprovido.

(TJ-RJ - AI: 00192741320218190000, Relator: Des(a). MARIANNA FUX, Data de Julgamento: 13/05/2021, VIGÉSIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 14/05/2021) (Grifo meu)

Por último, havendo caso fortuito ou de força maior, o devedor não será responsável pelos prejuízos resultantes de forma que, não resultando responsabilidade clara pelos prejuízos, aplica-se a presente cláusula do art. 393, do Código Civil de 2002, ressalta que o caso fortuito ou de força maior verifica-se o fato necessário:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. (BRASIL, 2002)

Por exemplo, até agora, tem sido uma pandemia causada por Covid-19. Portanto, eventos de força maior podem ser causados por causas humanas ou mesmo ações naturais. Ocorrência, mesmo previsível, mas é inevitável e irresistível, por exemplo, fenômenos naturais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destarte, é importante abarcar que a agropecuária é um dos carros-chefes da economia do país, ao observar isso, se faz necessário sua relevância para o meio social como um todo. Por este fato, releva-se a necessidade das políticas públicas que evidenciam tal modalidade.

Portanto, a necessidade da existência do título de crédito rural evidencia o seu estudo através de uma ótica tanto jurídica, quanto administrativa, para que exista este efetivo incentivo da busca pelo crédito rural.

A pesquisa pontuou-se em uma abordagem de análise dos documentos e legislação vigente, devendo constar que existe uma necessidade em desfazer amarras burocráticas

que envolvam tal modalidade, visto que, em muitos casos o produtor fica limitado a algumas excepcionalidades.

Por fim, necessidade dessa pesquisa pontuou em evidenciar justamente levando encontra a pandemia, os itens a serem arguidos, tornando-se necessário afirmar que o mesmo também é resguardado pelo princípio da imprevisão.

REFERÊNCIAS

ASSUNÇÃO, Juliano & SOUZA, Priscilla. **O IMPACTO DO CRÉDITO RURAL NA AGRICULTURA BRASILEIRA E NO MEIO AMBIENTE**. 2019. Disponível em: <https://www.inputbrasil.org/publicacoes/o-impacto-do-credito-rural-nagricultura-brasileira-e-no-meio-ambiente/>. Acesso: 21 de março de 2021

CAPOBIANGO, Ronan Pereira et al. **Análise do impacto econômico do crédito rural na microrregião de Pirapora**. Rev. Econ. Sociol. Rural, Brasília, v. 50, n. 4, p. 631-644, dez. 2012. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20032012000400003&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 23 mar. 2021. <https://doi.org/10.1590/S0103-20032012000400003>.

CARDOSO, Amilde Adílio. **AS CÉDULAS DE CRÉDITO RURAL E A FUNÇÃO SOCIAL DO CRÉDITO RURAL**. 2011. Disponível em: https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/1114/106210_Amilde.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso: 10 de maio de 2021.

CHIANCA, Thiago. **Contratos Agrários e Crédito Rural em tempos de COVID-19**. 2020. Disponível em: http://oabms.org.br/?jet_download=185258. Acesso: 18 de maio de 2021.

CONSELHO NACIONAL DE AGRICULTURA. **Guia do Crédito Rural**. 2017. Disponível em: https://www.cnabrazil.org.br/assets/arquivos/bibliotecas/guia_do_credito_rural_versao_online.pdf. Acesso: 04 de abril de 2021

CRESOL. **Tudo que você precisa saber sobre o crédito rural**. 2020. Disponível em: <https://www.google.com.br/amp/s/blog.cresol.com.br/tudo-que-voce-precisa-saber-sobre-credito-rural/%3famp>. Acesso: 04 de abril de 2021

LEITE, Carlos Alberto Moura. **Teoria da imprevisão – Coronavírus**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/322291/teoria-da-imprevisao---coronavirus>. Acesso: 04 de abril de 2021

MARTINS, Alberto André Barreto. **Crédito rural – Evolução histórica, aspectos jurídicos e papel do conselho monetário nacional e do banco central do Brasil**. 2010. Disponível:

<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-73/credito-rural-evolucao-historica-aspectos-juridicos-e-papel-do-conselho-monetario-nacional-e-do-banco-central-do-brasil/>. Acesso: 15 de maio de 2021

REIS, Marcos Vinícius Carvalho Rezende. **A quebra de contratos do Agronegócio e a Teoria da Imprevisão frente à pandemia do Covid-19**. 2018. Disponível: <http://genjuridico.com.br/2020/06/01/pandemia-teoria-da-imprevisao/>. Acesso: 10 de maio de 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. **O Crédito Rural**. 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/07/17/o-credito-rural/>. Acesso: 10 de maio de 2021

SANTOS, Ricardo Bruno Nascimento dos; BRAGA, Marcelo José. **Impactos do Crédito Rural na produtividade da terra e do trabalho nas Regiões Brasileiras**. Econ. Apl., Ribeirão Preto, v. 17, n. 3, p. 299-324, Sept. 2013. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-80502013000300004&lng=en&nrm=iso>. access on 22 Mar. 2021. <https://doi.org/10.1590/S1413-80502013000300004>.

SIAGRI. **Crédito rural 2020/21: como funciona, quem pode se beneficiar e quais as principais mudanças?** Disponível em: <https://www.siagri.com.br/blog/credito-rural-2020-como-funciona/>. Acesso: 20 de abril de 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, TJ-RJ - AGRAVO DE INSTRUMENTO : AI 0019274-13.2021.8.19.0000. 2021. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1207851073/agravo-de-instrumento-ai-192741320218190000>. Acesso: 18 de maio de 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL TJ-MS - Apelação Cível : AC 0810214-11.2017.8.12.0002 MS 0810214-11.2017.8.12.0002. Disponível em: <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1180901408/apelacao-civel-ac-8102141120178120002-ms-0810214-1120178120002>

A SELETIVIDADE E O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA OPERAÇÃO LAVA JATO.

VANESSA BORBA CASTANHA DE ALBUQUERQUE:

Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco em dez/2016. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Damas da Instrução Cristã – Recife/PE em dez/2018.

LEONARDO SIQUEIRA

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho possui como tema a seletividade e o crime de lavagem de dinheiro, tendo como objetivo explicar o porquê de o direito penal ser seletivo e a sua aplicação ao crime de colarinho branco, em especial a lavagem de dinheiro. Bem como, analisar se existem medidas preventivas e repressivas eficazes. Esse assunto foi escolhido, pois é um tema atual, principalmente após a instauração da Operação Lava Jato, a qual investiga casos de corrupção e lavagem de dinheiro praticado por grandes empresários e políticos, sendo esses indivíduos fora dos estereótipos de criminoso. Foi utilizado como método de pesquisa o hipotético- dedutivo, baseado em revisões bibliográficas. É necessário ressaltar a importância desse artigo para que se demonstre a seletividade do direito penal e a impunidade dos crimes praticados por indivíduos de alto status social.

Palavras-Chaves: Seletividade do direito penal; crime de colarinho branco; Lavagem de dinheiro; Operação Lava Jato.

ABSTRACT: The present work has as its theme the selectivity and crime of money laundering, aiming to explain why criminal law is selective and its application to white collar crime, especially money laundering. As well, consider whether there are effective preventive and repressive measures. This subject was chosen because it is a current theme, mainly after the establishment of Operation Lava Jato, which investigates cases of corruption and money laundering practiced by large businessmen and politicians, being these individuals outside the stereotypes of criminal. It was used as a hypothetical-deductive research method based on bibliographical reviews. It is necessary to emphasize the importance of this article to demonstrate the selectivity of criminal law and the impunity of crimes practiced by individuals of high social status.

Keywords: Selectivity of criminal law; white collar crime; Money laundering; Operation Jet Lava.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Seletividade do Direito Penal – 2.1 Criminalização Primária – 2.2 Criminalização Secundária – 2.3 Novo perfil do criminoso de colarinho branco – 3 Cifras criminais – 3.1 Cifras negras ou ocultas – 3.2 Cifra dourada – 4 Aplicação diferenciada da lei – 5. Mecanismos de combate ao crime de colarinho branco – 5.1 Crime de lavagem de dinheiro – 5.2 A Operação Lava jato – 6 Conclusão – 7 Referências.

1. INTRODUÇÃO

No artigo, em questão, o problema está no questionamento se existe, de fato, efetiva punição do criminoso de lavagem de dinheiro. A resposta preliminar é no sentido de que não há medidas de combate e prevenção aos crimes de colarinho branco eficazes, o que gera a impunidade desses criminosos, tendo em vista a seletividade do direito penal.

O objetivo específico do primeiro capítulo é analisar as causas da seletividade do direito penal através da criminalização primária e secundária, sendo definido que a maioria dos crimes presentes nas pesquisas do direito penal é praticada por pessoas das classes mais baixas. Ademais, haverá o estudo do novo perfil do criminoso de colarinho branco, sendo o conceituado o seu comportamento delituoso com a teoria da associação diferenciada criada por Sutherland.

Enquanto que o objetivo específico do segundo capítulo é a conceituação das cifras ocultas e douradas, bem como qual a relação delas com a seletividade do direito penal e o crime praticado pelos poderosos de alto status social. Além disso, foram explicados os motivos da aplicação diferenciada da lei ao crime de colarinho branco, tendo em vista que o homem de negócios não possui o estereótipo de criminoso pela sociedade.

O objetivo geral desta pesquisa está no terceiro capítulo, qual seja, buscar medidas preventivas e repressivas eficazes para combater o crime de colarinho branco, em especial a lavagem de dinheiro. Ademais, foi realizado estudo comparado da máfia italiana com a Operação Lava Jato, sendo analisado se houve efetiva punição dos criminosos de alto status social.

A metodologia utilizada foi a hipotético-dedutivo, sendo iniciando com a descoberta de um problema, existe a proposição de uma resposta preliminar, que pode ou não ser confirmada na conclusão.

Ressalta-se, assim, a importância desse tema, tendo em vista as diversas divulgações pela mídia da Operação Lava Jato, a qual investigou crimes que estavam fora das estatísticas do direito penal, como o de lavagem de dinheiro.

2.A SELETIVIDADE DO DIREITO PENAL

A criminalização é um status atribuído pelas agências de controle penal a uma parcela da população que é submetida ao poder do Estado. Diante disso, Baratta afirma que a criminalidade é um bem negativo, distribuído desigualmente segundo hierarquia dos interesses fixados no sistema sócio-econômico e segundo a desigualdade social entre indivíduos².

A criminalidade é o resultado de uma dupla seleção: primeiro, a seleção dos bens merecedores da proteção pelo Direito Penal, e das condutas ofensivas a estes bens, tipificadas nas leis penais; segundo, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos aqueles que infringem as normas penalmente sancionadas.

Andrade demonstra como o Direito Penal é seletivo, uma vez que são os mais frágeis indivíduos que estão mais propensos a cometer crimes.

A clientela do sistema penal é constituída de pobres, não porque tenham maior tendência para delinquir, mas precisamente porque têm maiores chances de serem criminalizados e etiquetados como delinquentes. As possibilidades (chances) de resultar etiquetado, com as graves consequências que isto implica, se encontram desigualmente distribuídas³.

As agências de controle do sistema penal elegem o status de criminoso, sendo estruturadas em duas fases distintas, quais sejam criminalização primária e criminalização secundária.

2.1 Criminalização Primária

A criminalização primária consiste na elaboração da descrição legal da conduta humana criminosa, cabendo ao legislador escolher quais as condutas que serão criminalizadas e punidas. Um determinado comportamento torna-se crime, logo, quando as agências punitivas decidem o que deverá ser punido.

Quando falarmos nos mecanismos de criação das normas penais, veremos que não há uma natureza própria do delitivo, mas que o delitivo é imposto de cima pela pessoa ou grupo que tem mais

² BARATTA, Alessandro. **Observaciones sobre las funciones de la cárcere en la producción de las relaciones sociales de desigualdad.** In: Nuevo foro penal, n.15, 1982. p. 740.

³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de Segurança Jurídica:** do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 270.

poder; que isso depende da posição de poder, e que esta posição de poder determinará que os interesses, as crenças e a cultura dos que usufruem essa posição de predomínio definam o que é delitivo em uma sociedade⁴.

As condutas, portanto, não nascem criminosas, sendo o comportamento desviante consequência da construção social. Contudo, apesar da abstração, a criminalização primária seleciona uma parte da população mais vulnerável ao poder do Estado, a qual sofrerá o controle repressivo.

Vera Andrade defende que “a criminalização de condutas contrárias a bens e valores gerais como a vida, a saúde, a liberdade pessoal e outros tantos não guarda a mesma ênfase e intensidade da ameaça penal dirigida à criminalidade patrimonial e política”⁵.

Ou seja, os crimes considerados na hora da criação das normas são aqueles cometidos por indivíduos de classe social mais baixa, como os crimes contra o patrimônio. Já os crimes da classe social dominante, como a corrupção e a lavagem de dinheiro, na maioria das vezes, a gravidade é muito superior, são preservadas dessa etapa primária.

Zaffaroni, por fim, diferencia as criminalizações primárias e secundárias. Enquanto que a primária é uma declaração que se refere a condutas ou atos abstratos, a secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas. Ou seja, a seleção de indivíduos desviantes acontecerá na criminalização secundária.

2.2 Criminalização Secundária

Baratta definiu a criminalização secundária como a “seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que cometem infrações a normas penalmente selecionadas”⁶. Ou seja, as agências penais elegem quais os indivíduos deveram possuir

4 ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da reação social**. Tradução de Éster Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 15.

5 ANDRADE, Vera Regina de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 279.

6 BARATTA, Alessandro. **Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad**. In: Nuevo foro penal, n.15, 1982. p. 740.

o status de criminoso, sendo o estereótipo o principal critério seletivo. Neste contexto, Alice Bianchini, citando as palavras de Maria Lúcia Karan, assevera que:

[...] os escolhidos para receber toda a carga de estigma, de injustiça e de violência, direta ou indiretamente provocada pelo sistema penal, são preferencial e necessariamente os membros das classes subalternas, fato facilmente constatável, no Brasil, bastando olhar para quem está preso ou para quem é vítima dos grupos de extermínio. () essa desigualdade, tão

facilmente constatável, é, no entanto, encoberta por uma propaganda tão enganosa e eficaz, que, apesar disso, consegue “vender” a idéia da solução penal como alguma coisa desejável, até mesmo para os setores mais conscientes e progressistas⁷.

As agências do poder punitivo operam principalmente contra uma parcela vulnerável da população, pois à proporção que quanto menos favorecida for a classe do indivíduo maior será a chance de incidir em um tipo penal. Enquanto o poder punitivo e o sistema penal são exercidos em face de uma classe marginalizada, indivíduos de uma classe social superior e elitizada são afastados do poder punitivo do direito penal.

Além disso, o mito da igualdade do direito penal pode ser resumido em duas proposições conforme Baratta, quais sejam:

1.1.1 O direito penal protege igualmente a todos os cidadãos contra as ofensas a bens essenciais, entre os quais estão igualmente interessados os cidadãos (princípio do interesse social e do delito natural);

1.1.2 A lei penal é igual para todos, isto é, todos os autores de comportamentos anti-sociais e violadores de normas penalmente sancionadas têm iguais chances de chegar a serem sujeitos e com as mesmas consequências do processo de criminalização (princípio da igualdade)⁸.

Baratta critica o direito penal, pois não há proteção de todos os cidadãos nem há igualdade na aplicação da lei penal, afinal, o status de criminoso se distribui de modo

7 KARAN, Maria Lúcia, apud BIANCHINI, Alice. **A seletividade do controle penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 8, n. 30, abr./jun. 2000, p. 62.

8 BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica y critica del derecho penal**: introducción a la sociología jurídico-penal. 1ed. Buenos Aires: Singlo XXI Editores Argentina, 2004. p. 168.

desigual entre os indivíduos. Ademais, o grau efetivo de tutela e a distribuição do status de criminoso são independentes não só do dano social das ações, como também da gravidade das infrações previstas em lei.

A seletividade do direito penal está relacionada à formação econômica da sociedade contemporânea. A maior chance de ser selecionado pelo sistema penal é de membros das classes sociais mais baixas. Portanto, o sistema penal tem a função de reproduzir as relações de desigualdade social, mantendo o *status quo* do poder⁹.

Os mecanismos de criminalização secundária acentuam ainda mais o caráter seletivo do direito penal, pois para a sistematização de dados ser eficaz é necessária uma variável independente ocupada por indivíduos na mesma posição na camada social. Dessa forma, observa-se que a população criminosa está mais concentrada nos níveis mais baixos da sociedade.

Vera Andrade afirma que

[...] a lei penal configura tão só um marco abstrato de decisão, no qual os agentes do controle formal desfrutam ampla margem de discricionariedade na seleção que efetuam, desenvolvendo uma atividade criadora proporcionada pelo caráter “definitorial” da criminalidade. Nada mais errôneo que supor que, detectando um comportamento delitivo, seu autor resultará automática e inevitavelmente etiquetado. Pois, entre a seleção abstrata, potencial e provisória operada pela lei penal e a seleção efetiva e definitiva operada pelas instâncias de criminalização secundária, medeia um complexo e dinâmico processo de refração¹⁰

Ressalta-se o papel essencial da agência policial na estigmatização do indivíduo, sendo a seletividade do direito penal é feita a partir da criação de estereótipos. Afinal, as agências constroem o modelo de sujeito a ser imputado a partir da incapacidade ou debilidade de reação pessoal frente à atividade burocrática de rotulação. A população economicamente vulnerável representa a clientela ideal do sistema punitivo.

⁹ Idem, p. 170, 172

¹⁰ ANDRADE, Vera Regina de. **A ilusão da segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 260.

Nem todo delito cometido é perseguido, nem todo delito perseguido é registrado, nem todo delito registrado é averiguado pela polícia, nem todo delito averiguado é denunciado, nem toda denúncia é recebida e nem todo recebimento termina em condenação¹¹

Ante o exposto, o Direito Penal tende a privilegiar os interesses da classe dominante e imunizar os comportamentos socialmente reprováveis dessa classe. Nas palavras de Alessandro Baratta:

[...] o Direito Penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, e imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos de indivíduos a ela pertencentes, e ligados funcionalmente à existência de acumulação capitalista, e tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para as formas de desvio das classes subalternas¹²

Portanto, ser desviante ou criminoso é o resultado da seletividade do direito penal. Ou seja, o crime é conceituado por um grupo social, a qual representa uma minoria privilegiada que detém o poder de decidir quais condutas, bem como selecionar quem será criminalizado do que será ou não criminalizado, prejudicando a parcela mais fraca da sociedade.

2.3 O novo perfil do criminoso de colarinho branco

Sutherland define o Crime do Colarinho Branco como um delito praticado por uma pessoa respeitada e com alto status social em sua ocupação, a qual não é vista pela sociedade como criminoso. Afinal, o conceito do Crime do Colarinho Branco tem relação com o dinheiro, a educação, o status, desassociando o crime à pobreza.

A teoria da associação diferenciada, criada por Sutherland, parte da ideia que o crime não pode ser definido simplesmente como disfunção ou inadaptação de pessoas de classes menos favorecidas. Para a teoria da associação diferencial, o comportamento

11 ANIYAR DE CASTRO, Lola; **Criminologia da Reação Social**. Forense: Livraria do Advogado, 1983. p. 67. Tradução de Ester Kosovski. p. 69.

12 BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal**: Introdução à sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 2000. p. 165.

delituoso não é intrínseco às condições sociais nem à personalidade do indivíduo, mas nasce pelo aprendizado, resultado da interação entre as pessoas, sobretudo íntimas.

Segundo tal teoria

A hipótese da associação diferencial indica que o comportamento do criminoso é aprendido em associação com aqueles que definem de forma favorável tal comportamento criminoso e em isolamento daqueles que o definem de forma desfavorável. A pessoa em situação apropriada se engaja em tal comportamento criminoso se, e somente se, o peso das definições favoráveis excede o peso das definições desfavoráveis¹³.

A teoria da associação diferencial assenta-se na consideração de que o processo de comunicação é determinante para a prática delitiva. O homem aprende a conduta desviada e associa-se com referência nela. Ocorrerá, assim, uma centralização da autoridade num pequeno grupo de indivíduos, sendo as tarefas fragmentadas e especializadas.

Para investigar o criminoso de alto status social foi necessária uma mudança nas pesquisas tradicionais, haja vista estarem restritas aos crimes praticados por pessoas da classe socioeconômica mais desfavorecida. A criminalidade dos poderosos, apesar de ser tão ou mais frequente que a criminalidade dos pobres, escapava do sistema punitivo, pois o direito penal é seletivo.

3 AS CIFRAS CRIMINAIS

3.1 A cifra negra ou oculta

A cifra negra ou oculta surge a partir do número de crimes que são efetivamente praticados e que não aparecem nas estatísticas oficiais. Observa-se, assim, que apenas uma pequena parcela dos delitos é investigada e se transforma em um processo judicial que repercute em uma condenação criminal. Inclusive, crimes expressivos de colarinho branco, que, em decorrência do prestígio de seus infratores, não chegam ao conhecimento da lei.

Sobre as cifras negras, o doutrinador Juarez Cirino dos Santos entende que

13 SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Trad. Clênio Lemos. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 351.

A cifra negra representa a diferença entre aparência (conhecimento oficial) e a realidade (volume total) da criminalidade convencional, constituída por fatos criminosos não identificados, não denunciados ou não investigados (por desinteresse da polícia, nos crimes sem vítima, ou por interesse da polícia, sobre pressão do poder econômico e político), além de limitações técnicas e materiais dos órgãos de controle social¹⁴.

Ante o exposto, o risco de ser etiquetado, não depende da conduta, mas da situação do indivíduo na pirâmide social. Por isso o sistema penal é seletivo, pois funciona segundo os estereótipos do criminoso, os quais são confirmados pelo próprio sistema.

A cifra negra poderia ser conceituada como um campo obscuro da delinqüência, consistindo na existência de um bom número de infrações penais, variável segundo a sua natureza, que não seria conhecido oficialmente, nem detectado pelo sistema e, portanto, tampouco perseguido¹⁵

As estatísticas, desse modo, devem ser desqualificadas, pois não refletem a realidade do crime. Os setores marginais não cometem mais crime, mas sim estão em uma posição vulnerável ao sistema penal.

O crime comum possui características intrínsecas que o tornam muito mais impressionante aos olhos da população: sua universalidade, toda a população é contra; sua vulnerabilidade, a classe trabalhadora é a mais afetada; sua transparência é mais visível que o crime de colarinho branco; sua diferença qualitativa é

14 SANTOS, Juez Cirino. **A Criminologia radical**. Curitiba: IPCP: Lumen Juris, 2006, p. 13.

15 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **As estatísticas criminais sob um enfoque criminológico crítico**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n.1326,17fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9497>>. Acesso em: 07 nov. 2018

o único crime em que a vítima e o agressor vêm da mesma classe social¹⁶.

Por esses motivos, há mais casos de crimes comuns registrados do que crimes de colarinho branco. Assim, observa-se que nem todos os crimes estão incluídos nas estatísticas.

A cifra oculta varia dependendo do tipo de estatística, da polícia ou judicial: nem todo crime cometido é processado, nem todo crime perseguido é registrado; nem todo crime registrado é averiguado pela polícia; nem todo crime encontrado é denunciado; a queixa nem sempre termina em processo oral; o julgamento oral nem sempre termina em condenação¹⁷.

É necessário ressaltar que a cifra oculta não irá desaparecer completamente enquanto houver escassez de recursos estatais, seletividade e preconceitos pelos agentes do poder punitivo do Estado. Ante o exposto, se o sistema de direito penal não pode apreender ou elaborar todas as infrações normativas, deve-se então, pelo menos, garantir que a oportunidade de permanecer na cifra oculta seja distribuída igualmente entre todos os membros da sociedade.

Contudo, além da cifra negra dos delinquentes que escapam, há a cifra dourada de indivíduos que lesam a coletividade como um todo, mas que detêm de poder econômico que o torna imune ao direito penal.

3.2A cifra dourada

Sustenta Eduardo Luiz Santos Cabette, com apoio em vasta doutrina, a existência de uma cifra dourada, que “representa a criminalidade de colarinho branco definida como práticas anti-sociais impunes do poder político e econômico (a nível nacional e internacional), em prejuízo da coletividade e dos cidadãos e em proveito das oligarquias econômico-financeiras”¹⁸.

¹⁶ LARRAURI, Elena. **La herencia de la criminología crítica**. 3 ed. Buenos Aires: Singlo XXI Editores Argentina, 2000. p. 169.

¹⁷ CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: tironk lo blllonch, 1989. p. 47.

¹⁸ FILHO, Nestor Sampaio Penteadó. **Manual esquemático de criminología**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 73.

Para Sutherland a escassa persecução penal a esses crimes se devia ao status dos seus autores, à tendência apenas reprimir tais condutas em outros ramos do direito e à falta de organização das vítimas contra os crimes de colarinho branco.

As violações da lei praticadas por pessoas da classe econômica mais alta são denominados crimes de colarinho branco, sendo conceituado por Sutherland de acordo com a condição especial do agente, pois deve ser uma pessoa de respeitabilidade e alto status social, e o caráter do ato criminoso, praticado no curso da atividade.

4 APLICAÇÃO DIFERENCIADA DA LEI

A regulação diferenciada da lei pode ser explicada, segundo Sutherland, por três fatores, quais sejam, o status do homem de negócio, a tendência normal de estar longe de punições e a pouca expressividade da comoção pública contra os crimes de colarinho branco¹⁹.

O primeiro fator refere-se à avaliação dos agentes do legislativo, executivo e judiciário quanto ao crime de colarinho branco, inclui uma combinação de medo e admiração.

O segundo fator para explicar a aplicação diferencial da lei para os crimes de colarinho branco é a tendência de reduzir o uso do campo penal, avançando mais para o crime de colarinho branco do que em relação a outros crimes.

O terceiro fator, por fim, na atuação diferenciada da lei na área do crime de colarinho branco é a relativa ausência de comoção pública desses crimes.

Contudo, Coleman discordou de Sutherland ao afirmar que

Embora a sociedade mostre pouco interesse por crimes individuais, com exceção daqueles que a mídia alardeia, três décadas de pesquisas de opinião mostraram grande ressentimento do público em relação a crimes cometidos por pessoas importantes e de respeitabilidade²⁰.

19 SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Trad. Clênio Lemos. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, pp. 99-100.

20 COLEMAN, James William. **A elite do crime**: para entender o crime de colarinho branco. Tradução de Denise R. Sales. 5. Ed. Barueri, São Paulo: Manole, 2005, p. 280.

Foi descartada uma ideia amplamente disseminada, mas que não corresponde aos fatos, qual seja:

É a crença de que o crime de colarinho branco são transgressões não violentas que causam poucos danos reais à população. Se aceitamos essa ideia como verdade, facilmente podemos concluir que menos recursos devem ser destinados à aplicação das leis relativas a esses crimes do que aos de rua, que seriam mais nocivos à sociedade²¹.

Segundo Coleman, os crimes de colarinho branco custam mais aos cofres públicos do que os outros tipos em conjunto, além de muitos deles serem verdadeiramente violentos, pois as transgressões matam e mutilam um número maior de pessoas do que todos os crimes de rua juntos. As evidências mostram que o público é a favor de penas mais drásticas para os criminosos de colarinho branco do que aquelas determinadas pelo sistema judiciário.

Lola Anyar de Castro, ao explicar a doutrina de Sutherland, indica certas características dessa espécie de criminalidade, que a diferencia dos demais crimes, pois haverá uma inversão em relação ao que acontece com os crimes convencionais; nestes últimos, geralmente é a vítima que possui maior status socioeconômico do que o delinquente, a não ser que o de ambos seja igualmente baixo. Ademais, o crime de colarinho branco é cometido no exercício da atividade econômica, empresarial, do sujeito ativo, ou seja, nem todo delito cometido por pessoa de alto status socioeconômico será considerado delito de colarinho branco²¹.

Segundo Sutherland, nenhum homem de negócios é reconhecido como portador de desvio de caráter, pois ocupa posição de alta aceitação social, sendo valorizado como alguém profundamente capaz no mercado de trabalho.

O delinquente de colarinho branco não é um criminoso político nem um revoltado. Mais do que revoltar-se contra as iniquidades da sociedade, ele explora as suas fraquezas. Por outro lado, o seu interesse pela reforma do sistema legal, político e social não vai, normalmente, além das alterações que lhe permitissem ganhar cada vez mais dinheiro e adquirir cada vez mais influências para

21 ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da Reação Social**. Tradução e Acréscimos de Ester Kosovski Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 77-78

poder promover cada vez mais a realização dos seus objetivos egoístas²².

Ante o exposto, a existência da criminalidade de colarinho branco e da cifra negra confirma que existe, sim, uma parcela significativa da população que comete delitos, mas que ficam impunes por não fazerem parte da seleção a ser perseguida e punida pelo sistema. Ou seja, é um mito a teoria da igualdade na aplicação da pena no Direito Penal.

5 MECANISMO DE COMBATE AO CRIME DE COLARINHO BRANCO

5.1 Crime de lavagem de dinheiro

Através da lavagem de dinheiro, existe a possibilidade de ocultar a fonte dos lucros ilegais, sendo o fator mais importante à transformação do dinheiro vivo em outro tipo de moeda a fim de ser escondido mais facilmente e gasto mais rapidamente.

O principal objetivo do lavador de dinheiro é o encobrimento, uma vez que tentará esconder a fonte criminosa, o verdadeiro proprietário e o destino do dinheiro ilegal, e caso falhe nesses propósitos, seu cliente será preso e condenado. O segundo objetivo do lavador é o anonimato. Algumas das maiores e mais respeitadas instituições de investimentos e finanças já estiveram envolvidas com o crime organizado²³.

Carla Veríssimo De Carli afirma que

A lavagem de dinheiro é um processo de depuração. O crime, muitas vezes, é um negócio – tem objetivo de lucro. O crime econômico certamente deve ser visto assim. Como todo negócio, tem custos. Poderíamos encarar a lavagem de dinheiro como um processo que se destina a transformar dinheiro “sujo” em dinheiro “limpo”. Os custos dessa produção são as perdas necessárias acima referidas, e que ficam evidentes ao analisar casos

²² MANNHEIM, Hermann. **Criminologia comparada**. Trad. J.F. Faria Costa e M. Costa Andrade. vol. II. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 722.

²³ ²⁴ MONTROYA, Mario Daniel. **Máfia e crime organizado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 385.

concretos (sendo, inclusive, um dos sinais que ajudam a reconhecê-la)²⁴.

A lavagem de dinheiro se divide em três fases²⁵, a primeira é denominada de colocação, na qual ocorre a separação dos ativos ilícitos de sua fonte ilegal. Isso pode ocorrer pelo fracionamento do dinheiro em somas menores, que são depositadas em contas bancárias ou através da compra de instrumentos monetários ou de ativos valiosos como automóveis e jóias.

A segunda fase da lavagem de dinheiro é a estratificação, em que ocorre a criação de múltiplas camadas de transações que distanciam, ainda mais, os fundos de sua origem ilegal, sendo o objetivo dificultar o rastreamento do dinheiro e a sua ligação com o crime antecedente. Após o dinheiro entrar no sistema financeiro, o lavador efetua uma série de movimentação ou de transformações por meio de transferência de fundos a várias contas de bancos diferentes, em outros países, mediante o uso de sociedades fictícias. Dessa forma, desempenham um papel fundamental os países e as jurisdições que não cooperam com investigações de lavagem de dinheiro.

Por fim, a última etapa da lavagem de dinheiro é a integração, quando os fundos retornam à economia legal, possuindo como objetivo permitir ao autor do delito utilizar os ativos sem gerar suspeitas que possam provocar uma investigação ou um processo criminal

O crime de lavagem de dinheiro possui uma natureza acessória, tendo em vista a dependência de haver um crime antecedente que rendeu a vantagem financeira, em sentido amplo ilegal. Não existe mais um rol de crimes antecedentes e necessários para a configuração do crime de lavagem de dinheiro com o advento da Lei nº 12.683/2012.

A consumação ocorre no momento em que o agente pratica uma ação que envolva "ocultar" ou "dissimular" a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bem, direito ou valor. O tipo exige a consciência da origem ilícita (dolo direto) ou ao menos que assumiu o risco de que os bens tivessem origem criminosa (dolo eventual), não sendo necessário que o agente cumpra todas as etapas da lavagem de dinheiro. Com a simples "colocação", isto é, introdução do dinheiro no sistema econômico, o crime de lavagem de dinheiro já está configurado.

24 DE CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de dinheiro**: ideologia da criminalização e análise do discurso. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012, p. 118.

25 IDEM, pp. 120-121.

É necessário ressaltar que não há lavagem de dinheiro quando o agente do delito não oculta nem dissimula a origem ou a propriedade do bem ou valor, depositando, por exemplo, o dinheiro da corrupção em sua própria conta bancária; ou quando gasta os lucros do tráfico de drogas em viagens ou restaurantes. Nesses casos, está apenas tirando proveito econômico do delito antecedente, conduta que não é incriminada pela norma, nem se configura o crime de lavagem de dinheiro²⁷.

Pune-se, contudo, a conduta de quem quer ocultar ou dissimular especificamente a utilização (de qualquer forma) dos bens, direitos e valores provenientes dos crimes antecedentes.

A ação de “participar”, de qualquer forma, de grupo ou associação ou escritório, que sabe praticar os delitos referidos na lei, reveste-se de elemento suficiente para a prática desse tipo penal, conforme o §2º, inciso II, da Lei nº 9.613/1998.

5.2 A Operação Lava jato

O primeiro momento da Operação Lava jato foi desenvolvido a partir de março de 2014, perante a Justiça Federal em Curitiba, sendo investigadas e processadas quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, que são operadores do mercado paralelo de câmbio. Posteriormente, o Ministério Público Federal recolheu provas de um imenso esquema criminoso de corrupção envolvendo a Petrobras.

Em março de 2015, o Procurador-Geral da República apresentou ao Supremo Tribunal Federal 28 (vinte e oito) petições para a abertura de inquéritos criminais destinados a apurar fatos atribuídos a 55 (cinquenta e cinco) pessoas, das quais 49 (quarenta e nove) são titulares de foro por prerrogativa de função, ou seja, pessoas que integram ou estão relacionadas a partidos políticos responsáveis por indicar e manter os diretores da Petrobras.

A investigação de crimes de lavagem de dinheiro na Operação Lava Jato iniciou com o desvio de recursos relacionados ao ex-deputado federal José Janene, em Londrina, no Paraná. Os doleiros Alberto Youssef, investigado e processado por crimes contra o sistema financeiro nacional e de lavagem de dinheiro no caso Bonestado, e Carlos HabibChater, também estavam envolvidos.

Na lava jato, há participação da Polícia Federal, que investiga o fato, remetendo um relatório para o Ministério Público Federal decidir se denunciará ou não o investigado ou se diligenciará para o colhimento de novas provas pela Polícia. Na hipótese de denúncia, o Poder Judiciário poderá pedir a interceptação telefônica dos ora investigados, realização das buscas, apreensões e prisões a ser executadas.

Além da Polícia Federal e do Ministério Público Federal, outros órgãos se uniram ao trabalho de investigação e responsabilização dos criminosos, como: Inteligência da Receita Federal, o Conselho de Controle das Atividades Financeiras (Coaf), o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e a Controladoria Geral da União (CGU), o Departamento de Recuperação de Ativos e de Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), do Ministério da Justiça.

6 CONCLUSÃO

Assim, conclui-se que o direito penal é seletivo, isto é, as pesquisas tradicionais estavam restritas a crimes praticados por pessoas da classe socioeconômica mais baixa. Para explicar o crime de colarinho branco, Sutherland precisou demonstrar que a criminalidade dos poderosos era tão ou mais frequente que a dos pobres, mas escapam do sistema penal, tornando-se cifras douradas.

Segundo a teoria da associação diferencial de Sutherland, o homem aprende a conduta desviada e associa-se em referência nela, ou seja, o comportamento criminoso é aprendido, sendo a aplicação da lei diferenciada para esses crimes específicos. Afinal, a pessoa pratica um crime se o peso das definições favoráveis exceder o peso das definições desfavoráveis, o que reflete as brechas na lei que aquelas pessoas de alto status social possuem, sendo necessária a edição e reforma da lei, para uma punição mais efetiva e eficaz aos criminosos de colarinho branco.

Contudo, ressalta-se que a aplicação de uma investigação e punição mais efetiva da lei aos crimes de colarinho branco não é suficiente para combatê-lo, sendo também necessário e importante preveni-lo através da educação, conscientização da população dos efeitos gravosos desses crimes na sociedade brasileira, bem como pela fiscalização e denúncia ao Ministério Público.

Desta feita, a hipótese suscitada se confirma parcialmente, pois foi comprovada a seletividade do direito penal. Quanto à efetiva punição dos crimes de colarinho branco, negou-se a existência de medidas de combate e prevenção eficazes, o que não foi confirmada, tendo em vista a existência da Operação Lava Jato e a possibilidade de prevenção através da conscientização da população do problema em grande escala que esses crimes de colarinho branco causam.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina de. **A ilusão da segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da reação social**. Tradução e acréscimos de Ester Kosovski. Rio de Janeiro. Forense: 1983.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Girino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARATTA, Alessandro. **Observaciones sobre las funciones de la cárcere en la producción de las relaciones sociales de desigualdad**. In: Nuevo foro penal, n.15, 1982.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **As estatísticas criminais sob um enfoque criminológico crítico**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1326, 17 f ev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9497>>.

COLEMAN, James William. **A elite do crime**: para entender o crime de colarinho branco. Tradução de Denise R. Sales. 5. Ed. Barueri, São Paulo: Manole, 2005.

CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: tironk lo blllonch, 1989.

DE CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de dinheiro**: ideologia da criminalização e análise do discurso. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

FILHO, Nestor Sampaio Penteado. **Manual esquemático de criminologia**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KARAN, Maria Lúcia, apud BIANCHINI, Alice. **A seletividade do controle penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 8, n. 30, abr./jun. 2000.

LARRAURI, Elena. **La herencia de la criminologia critica**. 3 ed. Buenos Aires: Singlo XXI Editores Argentina, 2000. p. 169.

MANNHEIM, Hermann. **Criminologia comparada**. Trad. J.F. Faria Costa e M. Costa Andrade. vol. II. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 1986.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado**: aspectos gerais e mecanismos legais. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MONTOYA, Mario Daniel. **Máfia e crime organizado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino. **A criminologia radical**. Curitiba: IPCP: Lumen Juris, 2006.

SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Trad. Clênio Lemos. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015

<<http://lavajato.mpf.mp.br/perguntas-e-respostas>>.

<<http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/colaboracao-premiada>>.

<<http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/fluxo-da-investigacao>>.

<<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-no-stj-e-no-stf/resultados-stf>>

<<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>>

<<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/rio-de-janeiro>>

A FISCALIZAÇÃO DOS PROCESSOS LICITATÓRIOS E OS MECANISMOS DE CONTROLE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS

ROSILENE LUZIA PERIN: Advogada. Pós-Graduada em Direito e Processo Administrativo pela Universidade Federal do Tocantins e Direito e Processo Civil pelo Instituto Júlio Cesar Sanchez.

DAGMAR ALBERTINA GEMELLI²⁶

(orientadora)

RESUMO: É objetivo deste artigo analisar os aspectos licitatórios levados a efeito pela administração pública, as leis pertinentes ao tema e suas alterações, a transparência da gestão pública, a fiscalização dos processos licitatórios e o papel do Tribunal de Contas no exercício do controle externo. Tem ainda como objeto analisar as possíveis irregularidades encontradas nos processos licitatórios e demonstrar a importância do controle externo na fiscalização desses processos. A metodologia utilizada tem como suporte a pesquisa bibliográfica, consultas a diplomas legais, obras e *site* do TCE. Já a pesquisa utilizada foi a qualitativa, isto é, com sua forma descritiva e coletada diretamente da fonte em processos que tramitaram no Tribunal de Contas do Estado do Tocantins (TCE-TO), no período de 01/01/2020 a 30/06/2020. Os resultados indicam que muitos órgãos não vêm cumprindo adequadamente a Lei Geral de Licitações e a Lei de Acesso a Informação, principalmente com a disponibilização dos arquivos no Portal da Transparência do órgão licitante. Por outro lado, observa-se que a atuação do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins é eficiente, reforçando a expectativa de um órgão de grande importância para a sociedade, por meio do controle de fiscalização, evitando que ocorram prejuízos aos cofres públicos e estimulando a transparência dos atos administrativos no tocante aos processos licitatórios, trazendo como resultado uma melhor gestão dos recursos públicos. Palavras-Chaves: Processos Licitatórios. Controle Externo. Transparência na Gestão Pública

ABSTRACT: This paper's objective is to analyze the bidding aspects executed by the public administration, the pertinent laws to the theme and its alterations, the transparency of public management, the oversight of bidding cases, and the role of the Audit Court on the external control exercise. It also has as its objective analyzing the possible irregularities found in bidding cases and showing the importance of external control in the supervision of these processes. The methodology used has the support of bibliographical research, legal diplomas, literary works, and the State Audit Court website. Whilst the research utilized was qualitative, meaning, with its descriptive and collected directly from the cases passed in the State Audit Court (TCE-TO) in the period from January 01, 2020, to June 06, 2020. The result indicates that many organs are not complying with the General Law of Bids and the Law of Access to Information, mainly with the availability of archives in the

²⁶ Doutorado em Direito Público e Direito Privado pela Universidade Ilhas Baleares-Espanha. E-mail: dagmargemelli20@gmail.com

Transparency Web Portal of the bidder organ. On the other hand, it is observed that the performance on the Tocantins State Audit Court is efficient, reinforcing the expectation that an organ of great responsibility to society, through oversight control, avoiding loss to public coffers and stimulating transparency of administrative acts in the matters of bidding vases, bringing as result better management of public resources. **Keywords:** Bidding cases, External Control, Transparency in Public Management.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. A Lei das Licitações e suas alterações posteriores 3. A Transparência na Gestão Pública e a Fiscalização nos Processos Licitatórios 4. O papel do Tribunal de Contas 5. A Metodologia da Pesquisa 5.1 Origem das denúncias 5.2 Resultados obtidos 6. Considerações Finais, 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A administração pública brasileira é regida pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e eficácia, os quais estabelecem que todas as ações estatais devem estar respaldadas em lei, ancoradas em texto constitucional, onde os seus agentes devem manter um comportamento moral, como a probidade e a honestidade, e todos os atos emanados do poder público, que sejam de interesse público, devem ser realizados com eficiência, eficácia e efetividade.

Ao lado dos princípios constitucionais, existem princípios específicos que devem ser observados na licitação. O art. 3.º da Lei 8.666/1993 menciona os seguintes princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e outros que lhes são correlatos. (OLIVEIRA. 2015, p 28)

Com o fim de garantir a aplicabilidade desses princípios, são elaboradas leis, que expressam, de forma detalhada, como devem ser efetivadas as dos processos licitatórios e suas respectivas prestações de contas. Como exemplo, temos a Lei Federal nº 8.666, de 21 de março de 1993, e suas alterações, que instituiu normas para licitações e contratos na Administração Pública, a Lei Complementar nº 101/2000, que estabeleceu parâmetros para os gastos com o dinheiro público e a Lei nº 12.527/2011, Lei de Acesso a Informação, que estabeleceu que é direito de qualquer cidadão ter acesso as informações e documentos da administração pública.

Essas informações devem ser disponibilizadas de forma transparente, isto é, a divulgação deve estar somada a compreensão dos dados, tendo a transparência como princípio fiscal, e o pressuposto da publicidade e da compreensibilidade das informações (PLATT NETO, CRUZ; VIEIRA. 2006, p.135).

Este trabalho tem por objetivo categorizar e quantificar a ocorrência das possíveis irregularidades encontradas nos processos licitatórios julgados pelo Tribunal de Contas do

Tocantins, baseadas nas análises das decisões exaradas em 122 processos licitatórios e disponíveis para consulta no sítio eletrônico <https://www.tceto.tc.br/>, "Boletim Oficial", e analisar, em especial, o devido cumprimento às exigências da Lei de Licitações.

Para atender o objetivo proposto, se fez uso de método de levantamento qualitativo, por meio do qual foram analisados processos licitatórios no período de 01/01/2020 a 30/06/2020 "Pregão Presencial", identificando as possíveis irregularidades e a importância da fiscalização nos processos licitatórios pelo controle externo, em especial a atuação do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins nas licitações de Pregão Presencial.

2. A Lei das Licitações e suas Alterações Posteriores

A Constituição Federal de 1988 prevê que nenhuma organização pública pode comprar ou contratar produtos ou serviços diretamente de empresas que não seja através de licitação.

A Lei nº 8.666/1993, "Lei das Licitações", determina que a administração pública, no exercício de suas funções, tem por obrigatoriedade a realização de licitação para aquisições de bens, contratações de serviços e obras. A intenção da criação dessa lei foi dar uma resposta a situações de corrupção, corrigir distorções e restringir a atuação da administração pública, impondo controles mais rigorosos aos processos de licitação e contratos administrativos (AMORIM, 2018, p.105).

Após a publicação da Lei nº 8.666/1993, surgiram novas legislações como a Lei Geral das Concessões nº 8.987/1995, a Lei do Pregão nº 10.520/2002, a lei das Parcerias Público-Privadas nº 11.079/2004, a Lei do Regime Diferenciado de Contratações nº 12.462/2011 e a Lei das Estatais nº 13.303/2016, e recentemente a nova Lei de Licitações nº 14.133/2021.

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, nº 14.133, de 1º de abril de 2021, estabelece o novo regime jurídico das licitações e contratações da Administração Pública, além de unir diversas regras constantes em diplomas legais e infralegais que tutelavam os procedimentos licitatórios e os contratos administrativos. Abrange, também aspectos relacionados ao controle interno e externo das aquisições de bens e serviços por parte do Estado.

Muito embora traga várias novidades, a nova Lei de Licitações não descartou por completo o modelo trazido pela Lei nº 8.666/1993; tentou-se aperfeiçoá-lo, agregando diversas normas legais e infralegais sobre licitações e contratos, positivando entendimentos do Tribunal de Contas da União e acolhendo ensinamentos da doutrina. Essa nova Lei nº 14.133/2021 tem previsão para entrar em vigor nos próximos dois anos, e os órgãos

públicos poderão optar entre utilizar as normas antigas ou a nova lei, mas ao final de dois anos torna-se obrigatória para toda a administração pública.

A licitação é conceituada pela doutrina como um procedimento administrativo, de observância obrigatória pelas entidades governamentais e similares, em que, observada a igualdade entre os participantes, deve ser selecionada a melhor proposta, uma vez preenchidos os requisitos mínimos necessários ao bom cumprimento das obrigações (ALEXANDRINO e PAULO, 2017, p. 608)

O autor **Benigno** (2018, p.3.) considera que “licitação é o procedimento administrativo formal em que a Administração Pública convoca, por meio de condições estabelecidas em ato próprio (edital ou convite), empresas interessadas na apresentação de propostas para o oferecimento de bens e serviços”

Existem duas grandes fases no processo licitatório: **Fase Interna e Fase Externa.**

A **Fase Interna** começa com a identificação de uma necessidade de um órgão ou entidade, passando pela sua especificação, verificação de disponibilidade orçamentária, desenvolvimento do instrumento convocatório e minuta de contrato. Aqui, faz mister ressaltar que a comissão de licitação executa papel importante no que se refere ao controle dos diversos procedimentos a serem realizados no curso do processo licitatório, observando as normas aplicáveis, para assegurar lisura nos processos.

A **Fase Externa** tem seu início marcado pela publicidade do extrato do aviso do certame, passando pelas etapas de habilitação, apresentação e análise de propostas, verificação de vencedor, homologação, adjudicação e assinatura do contrato. Nesta fase, há o controle externo da Licitação que é exercido por diferentes órgãos e pelos cidadãos. A fiscalização pode ser desempenhada pelo Ministério Público, pelo Poder Legislativo, pelos Tribunais de Contas e pelo Poder Judiciário.

Para que a licitação ocorra de forma segura e transparente, devem ser observados os princípios gerais que disciplinam a administração pública, destacando-se os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, da supremacia do interesse público e da ampla defesa e do contraditório. Além desses, há outros três princípios relacionados especificamente às licitações. São eles: isonomia, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

3. A Transparência na Gestão Pública e a Fiscalização nos Processos Licitatórios

No Brasil, a transparência da gestão pública teve como marco regulatório a promulgação da Lei Complementar nº. 101/2000 Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Após essa regulamentação, os atos da gestão fiscal passaram a demandar maior capacidade de

monitoramento do Governo Federal e do Poder Legislativo (Tribunais de Contas) para verificar o cumprimento das normas.

Na sequência, outras leis como a Lei da Transparência nº 131/2009 e, mais recentemente, a Lei de Acesso a Informação Pública (LAI), Lei nº 12.527/2011, intensificaram a obrigatoriedade na divulgação da informação pública, contribuindo para a responsabilização pública dos gestores. (TOLENTINO et.al,2002, p.38).

Transparência administrativa não é apenas disponibilizar dados ou fazer publicidade das ações dos governos. Outras medidas, além da simples divulgação, são necessárias. Dar transparência é chamar a sociedade para participar dos rumos do Estado, é motivar a decisão tomada e também divulgar todos os atos, salvo as exceções normativas (SILVA, 2014, p.35).

É fundamental que o instrumento convocatório descreva o objeto da licitação de forma “sucinta e clara” (art. 40, I, da Lei 8.666/1993), com os detalhes do órgão que está promovendo a licitação, o número do processo administrativo, todas as características acerca do produto ou serviço a ser prestado, a data, horário e local da disputa, os documentos exigidos para habilitação da empresa, a especificação técnica do produto, dentre outros.

De acordo com o Tribunal de Contas da União (TCU), o princípio da transparência “significa permitir o amplo acesso dos interessados ao certame e facultar a verificação da regularidade dos atos praticados no processo. É requisito absolutamente essencial a regularidade de qualquer licitação”.

Para coibir as irregularidades e impropriedades na atividade de licitação, a atuação integrada dos órgãos de controle - CGU, TCU, CGE, Ministério Público, Assembleia Legislativa e Controladorias Municipais - é fundamental para produzir resultados mais efetivos no combate a fraudes e a corrupção.

Além dessa relevante atuação dos órgãos de controle, o enfrentamento das irregularidades em licitações produzirá resultados mais efetivos na medida em que os servidores que atuam diretamente no processo (pregoeiros, comissão permanente de licitação, orçamentista, demandante, parecerista jurídico, autoridade competente) se encontrarem adequadamente preparados para prevenir, detectar e remediar possíveis condutas fraudulentas no certame.

4. O Papel do Tribunal de Contas

Com o intuito de garantir o controle dos atos da administração pública, na composição do sistema de freios e contrapesos, foram criados os Tribunais de Conta, órgãos autônomos e independentes, aos quais a Lei Maior atribui competência para, ao

lado dos poderes da República, exercerem o controle externo dos órgãos e entidades públicas, na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade.

A fim de prevenir consequências futuras nos processos licitatórios, o art. 113, § 2º da Lei nº 8.666/1993, outorga ao Tribunal de Contas o controle prévio de solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia do edital já publicado, a fim de orientar o órgão ou unidade da Administração, responsável pela licitação, para adotar medidas corretivas de eventuais falhas ou irregularidades porventura existentes.

Com a publicação da Lei nº 14.133/2021, o *caput* do artigo 113 da Lei nº 8.666/1993 será revogado. No entanto, sua revogação não afetará a atuação dos Tribunais de Contas, pois está previsto na Constituição Federal a definição do ônus de provar a boa aplicação dos recursos públicos.

O artigo 169, da nova Lei das Licitações, determina que para as *contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo (...) além de estar subordinadas ao controle social, (...) III - Terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo Tribunal de Contas.*

Está claro que a nova Lei das Licitações não reduz dos Tribunais de Contas as atribuições de fiscalização das contratações públicas, pelo contrário, abrem novas perspectivas de um controle mais efetivo e eficaz, já que traz expressamente a competência para a expedição de medidas cautelares em licitações, a qual é reforçada pela previsão de responsabilização em caso de descumprimento das ordens.

A nova Lei reforça a obrigatoriedade de tais medidas no artigo 171, § 4º, prevendo que o descumprimento das determinações “ensejará a apuração de responsabilidade e a obrigação de reparação do prejuízo causado ao erário”, afastando assim todas as dúvidas que ainda havia sobre a possibilidade de expedição de cautelares pelos Tribunais de Contas.

Além de possuir fundamental importância na fiscalização dos processos licitatórios, os Tribunais de Contas, atuam não só no aspecto punitivo, mas também como órgãos orientadores e pedagógicos, pois os entendimentos jurisprudenciais dos Tribunais de Contas foram importantes para os licitantes, membros de comissões e órgão de controle, para fundamentar decisões, inclusive judiciais.

5. A Metodologia da Pesquisa

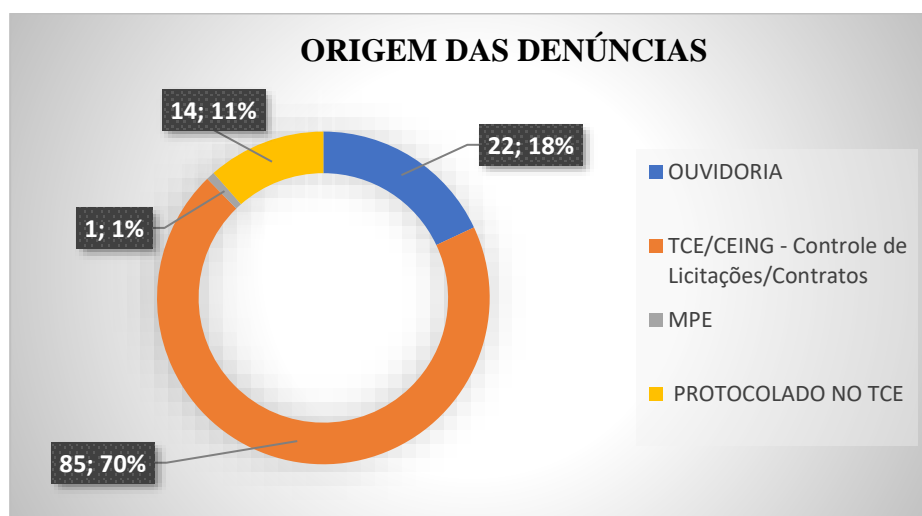
A presente pesquisa tomou como base a análise das decisões exaradas pelo TCE-TO em 122 processos licitatórios, após denúncias de possíveis irregularidades pelo Ministério Pública Estadual do Tocantins – (MPE-TO), da sociedade civil, de licitantes e da Coordenadoria de Análise de Atos, Contratos e Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia, disponíveis no portal eletrônico <https://app.tce.to.gov.br/>, “Boletim Oficial”, na opção “termos, número e ano” modalidade de interesse “Pregão Presencial” no Período, de “01/01/2020 a 30/06/2020”. Desse universo de cento e vinte e dois processos licitatórios, dez foram excluídos da pesquisa. Dois deles não foram analisados pelo TCE-TO, por se tratar de recurso federal, e foi remetido ao órgão competente Tribunal de Contas da União - TCU; os demais por não possuírem irregularidades.

Para se somar a pesquisa qualitativa, cita-se a consulta individual em cada processo através do portal eletrônico do TCE-TO no endereço <https://www.tceto.tc.br/>, “pesquisa avançada”, “número do processo” e “ano do processo” oriundo, como exemplo: Processo nº 5813/2020. Na prática, a análise deste levantamento se ateve apenas aos processos “Pregão Presencial”.

5.1 Origem das denúncias

Na pesquisa realizada, foram identificados 122 processos que tramitaram pelo TCE-TO, no período de 01/01/2020 a 30/06/2020, oriundos de denúncias, representação, ou auditoria protocolados no TCE-TO. Nesse universo de processos, em 114 foram detectados algum tipo de irregularidade.

Gráfico 1 – Origem das denúncias



Fonte: Adaptado de Autora (2021).

A partir da análise de levantamento de dados nos processos licitatórios, destacam-se, no Gráfico 1, as origens das denúncias, tendo por base a Lei Geral de Licitação nº

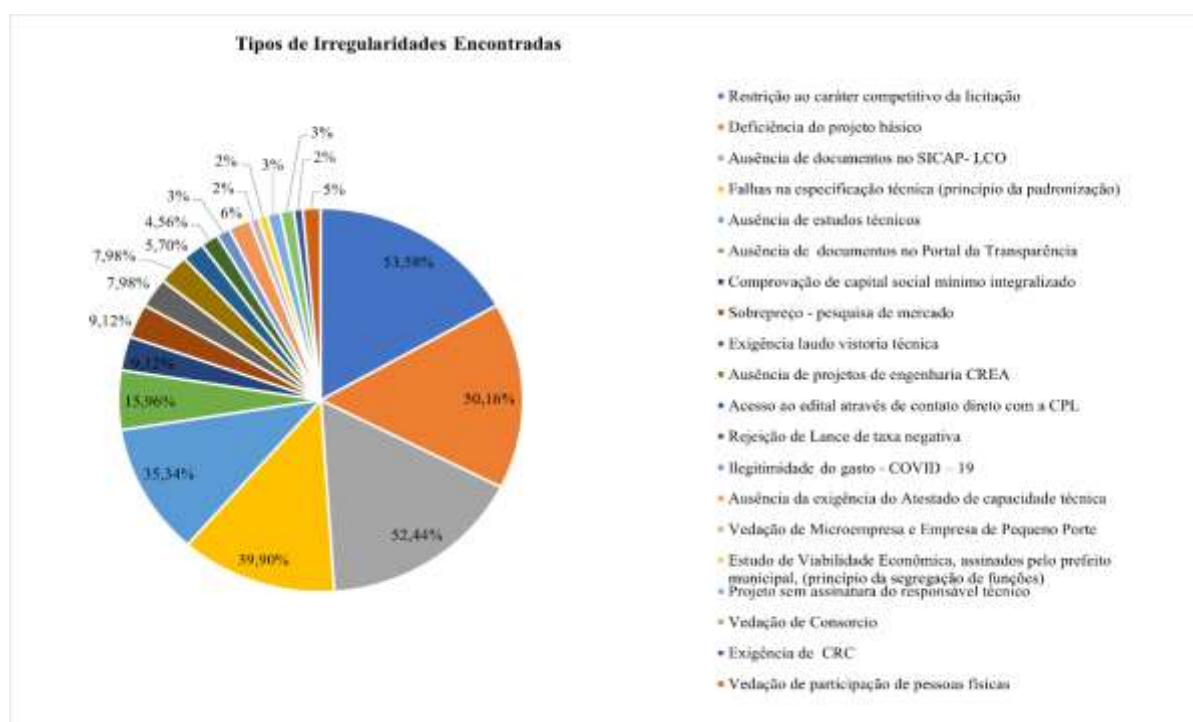
8.666/93, a Lei de Acesso à Informação nº 12.527/2011 e a Instrução Normativa do TCE-TO nº 3/2017.

Na sua maioria, as denúncias de possíveis irregularidades nos processos licitatórios advêm do Controle de Fiscalização do Tribunal de Contas (TCE-TO), com um percentual de mais de 85%. Em seguida, de denúncias enviadas via Ouvidoria para o TCE-TO, com um percentual de mais de 22%. As denúncias realizadas através do protocolo no TCE-TO representam mais de 14%. Já com uma margem muito pequena estão as denúncias via Ministério Público, que não chegam a representar 2%.

5.2 Resultados obtidos

A análise dos dados possibilitou a identificação das irregularidades através de uma leitura minuciosa das decisões exaradas pelo TCE-TO. Diversas foram as irregularidades encontradas, o que viabilizou a categorização dessas irregularidades e a quantificação de sua incidência.

Gráfico 2 – Tipos de Irregularidades encontradas

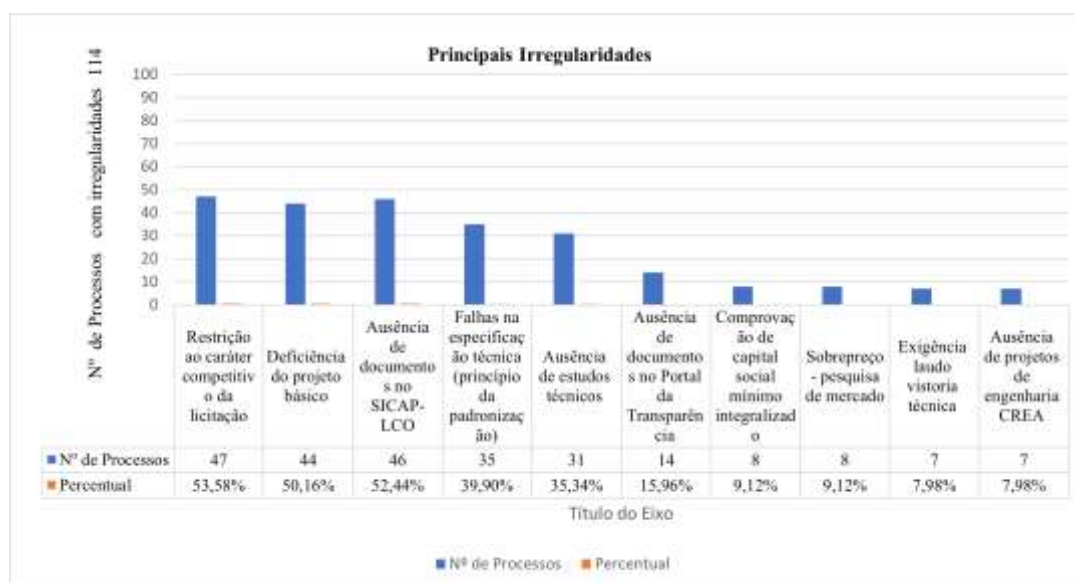


Fonte: Adaptado de Autora (2021).

No intuito de obter a correta análise estatística, o Gráfico 2, mostra a incidência de irregularidades encontradas nos 114 processos licitatórios, fechando-se assim o percentual de 100%.

Percebe-se, no Gráfico 3, os dez principais tipos de irregularidades encontradas nos processos licitatórios que tramitaram pelo TCE, no período de 01/01/2020 a 30/06/2020 – “Pregão Presencial”, que, caso não fossem descobertas, poderiam gerar grandes prejuízos aos cofres públicos.

Gráfico 3 – As 10 principais irregularidades nos processos licitatórios



Fonte: Adaptado de Autora (2021).

O primeiro quesito relativo à irregularidade está no tipo de “Restrição ao caráter competitivo da licitação”, que representa um total de 53,58% de ocorrências nos processos licitatórios analisados, ou seja, exigências que não estão previstas nos artigos 27 ao 33 da Lei de Licitações.

Com base na Lei 8.666/1993, “Restrição ao caráter competitivo da licitação”, frustra a competitividade do certame, limitando a quantidade de possíveis participantes, restringindo sua participação, fato que tem sido objeto de inúmeras representações perante os Tribunais de Contas, sendo que, não raro, as deficiências editalícias não passam de meras inobservâncias à legislação, decorrentes de desinformação.

O art. 3º, § 1º, inc. I da lei. 8.666/93 diz que “qualquer restrição em relação ao objeto da licitação deve ter como fundamento razões aptas a justificarem que a finalidade e o interesse público reclamam por tal exigência de forma irremediável. Sem tal justificativa a restrição deve ser tomada por ilegal”.

O segundo quesito relativo a irregularidades, é a “deficiência do projeto básico”. O projeto básico é o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, quando o objeto licitado for Obra ou Serviço - qualquer tipo de serviço, a Lei de Licitações estabelece que o órgão licitante precisa seguir exatamente a ordem do artigo 7º, § 2º da Lei Geral de Licitações.

Na pesquisa, constatou-se que dentre as deficiências encontradas no projeto básico estão a falta de aprovação do projeto pela autoridade competente do setor licitante, a falta de orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários, e a falta de previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes do exercício financeiro em curso, deficiências essas existentes no projeto básico que compõem o processo licitatório, que comprometem a eficiência dos atos públicos, podendo, neste caso, gerar danos irreparáveis tanto ao erário como a sociedade.

O terceiro quesito de maior incidência de irregularidades está na “ausência de envio de arquivos no sistema SICAP-LCO” do Tribunal de Contas, com um percentual de 52,44% dos processos licitatórios analisados.

Com base na Instrução Normativa TCE/TO nº 3/2017, em seu artigo 3º, inciso III, os órgãos licitantes devem se atentar que “as informações dos atos administrativos da licitação, contratos e obras serão realizadas por meio eletrônico, através do preenchimento “on-line”, disponibilizados no sítio do TCE-TO (www.tce.to.gov.br), “link” SICAP-LCO”, em “até cinco dias após a publicação de aviso, nos casos do art. 4º, I, da Lei nº 10.520/2002, em se tratando de pregão”.

O não envio de informações ao TCE-TO, compromete o controle externo e gera multa ao gestor responsável pelo processo licitatório. Por essa razão, os responsáveis têm obrigação constitucional de prestar contas, sob pena de pagamento de multa, em caso de descumprimento.

O quarto quesito de irregularidades encontradas foi “falha na especificação técnica (princípio da padronização). Em alguns processos foram detectadas que no termo de referência havia a menção da marca. Em outros processos, não havia a informação do lugar de armazenamentos dos itens a serem adquiridos, ou a definição da quantidade de unidades a serem adquiridas em função consumo.

Com relação a indicação da marca, o artigo 15, §7º, inciso I, da Lei 8.666/93, veda a indicação de marca. Porém, percebe-se que o caput do artigo 15 não trata de uma vedação absoluta, sendo vedada apenas preferências subjetivas e arbitrárias de um produto sobre o outro, sem justificativas técnicas, econômicas ou de interesse público.

A doutrina entende que há três hipóteses, em que o administrador pode escolher a marca: 1- para os casos tecnicamente justificáveis e documentados. (Art. 7º, § 5º da Lei 8.666/1993); 2 - Situação em que é inexigível a licitação, ou seja, para fornecimento exclusivo, devendo ser a exclusividade comprovada por atestado fornecido por órgão de registro comercial do local da licitação ou demais entidades previstas na lei. Neste caso, a exclusividade não deve ser em decorrência da escolha arbitrária da marca. (Art. 25, inciso I, da lei nº 8.666/1993); e 3 - Para a continuidade de utilização de marca adotada no serviço público; para a adoção de nova marca mais conveniente que as utilizadas; para padronização de marca ou tipo no serviço público (TCU. no Acórdão nº 1547-22/04-1).

Assim sendo, a Administração deve demonstrar que a indicação da marca é para atender ao interesse público, sem preferências pessoais, porém, precisa estar justificada no edital. No caso ora analisado, não possuía a justificativa, e não se enquadrava nas hipóteses apresentadas.

O quinto quesito de irregularidades está na “ausência de estudos técnicos”, uma afronta ao artigo 6º, inciso IX da Lei de Licitações. O objeto da licitação, é elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, pois constitui a primeira etapa do planejamento de uma contratação, e tem como objetivo assegurar a viabilidade técnica da contratação, bem como o tratamento de seu impacto ambiental. O estudo técnico serve de base para embasar o termo de referência, que somente é elaborado se a contratação for considerada viável, possibilitando a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução do objeto. O processo de elaboração do procedimento licitatório, exige que os agentes envolvidos sejam pessoas que possuem conhecimento técnico suficiente para atuar na área.

Na maioria dos processos analisados, as irregularidades encontradas estavam presentes em processos licitatórios de municípios pequenos, que demonstram não possuírem equipe técnica específica para elaboração do Termo de Referência. Quando ocorre a solicitação do procedimento licitatório, muitas vezes é o próprio Setor de Licitações, que precisa elaborar o próprio termo de referência e processo, o que torna o processo licitatório suscetível a possíveis erros, uma vez que o setor de licitações não conhece as reais necessidades e as demandas das secretarias que irão utilizar os produtos posteriormente.

O sexto quesito de irregularidades encontradas está na “ausência de documentos no Portal da Transparência do órgão licitante”. Os órgãos licitantes não divulgaram os editais em seus portais eletrônicos conforme exige a Lei de Acesso a Informação. O edital é o meio pelo qual a o órgão licitante divulga a abertura do processo licitatório, estabelece os requisitos necessários para a participação, convidando todos os licitantes interessados a participar do certame.

A ausência de anexar o edital de licitação no Portal da Transparência, corrobora por prejudicar a própria administração pública, pois potenciais empresas acabam por não participarem do processo licitatório porque não tiveram acesso aos editais.

Os órgãos e entidades da administração pública tem a obrigatoriedade de efetuarem a divulgação dos editais de licitações na internet, e determina ainda que a divulgação do resultado do processo licitatório e a respectiva publicação dos contratos que vierem a ser celebrados. Essa é uma maneira de lhes dar maior publicidade aos processos licitatórios, o que facilitará o acompanhamento deste procedimento por toda a sociedade.

O sétimo quesito à irregularidade é a exigência de "Comprovação de capital social mínimo integralizado". A Lei de Licitações em seu artigo 31, § 2º, *traz apenas a exigência de "capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo" e que "não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação". Em momento algum a lei exige capital social integralizado.*

O oitavo quesito à irregularidade está no "Sobrepreço - pesquisa de mercado". Essa irregularidade ocorre quando o preço cotado se encontra injustificadamente superior ao praticado no mercado, ou seja, carrega consigo uma margem de lucro maior do que habitualmente é praticada.

É através da pesquisa de mercado que o órgão licitante identificará quais são os preços praticados no mercado, tratando de bem ou serviço objeto da contratação. É a partir da pesquisa de preços que dá para conhecer se há disponibilidade orçamentária e, portanto, saber da possibilidade de abertura do procedimento licitatório.

Além de ser obrigatória no processo licitatório, a pesquisa deve ser revestida de seriedade, sob pena de responsabilização não somente dos agentes que a fizeram, mas também, do pregoeiro, da comissão de licitação e da autoridade competente que homologa o procedimento.

O nono quesito à irregularidade esta na "exigência de laudo de vistoria técnica", que exigia que a vistoria fosse realizada em determinado dia e horário, que a vistoria fosse realizada por engenheiro responsável pela obra. O entendimento do TCU é que o Laudo de vistoria, só deve ser exigido quando se tratar de: 1- Licitação para contratação de manutenção corretiva em determinado equipamento de grande complexidade. e 2- Licitação para reforma de determinado imóvel.

O entendimento do TCU, Acórdão 2826/2014-Plenário diz: "(...) A exigência de visita técnica antes da licitação é admitida, desde que atendidos os seguintes requisitos: (i) demonstração da imprescindibilidade da visita; (ii) não imposição de que a visita seja

realizada pelo engenheiro responsável pela obra; e (iii) não seja estabelecido prazo exíguo para os licitantes vistoriarem os diversos locais onde os serviços serão executados. (...)"

Como demonstrado acima, o pedido de Vistoria Técnica é cabível para compor a qualificação técnica do licitante (art. 30, III, Lei 8.666/1993), desde que atendidos certos requisitos, conforme demonstrado por meio do Acórdão acima.

O décimo quesito à irregularidade está na "ausência de projetos de engenharia - CREA, assinado por engenheiro responsável". A Lei de Licitações traz um rol taxativo que para execução de obras e para a prestação de serviços, o projeto para construção, reforma ou ampliação de um empreendimento é elaborado em três etapas sucessivas: primeiro o estudo preliminar ou anteprojeto, o projeto básico e por último o projeto executivo.

Todos esses estudos e projetos deverão ser desenvolvidos de forma que guardem sintonia entre si, tenham consistência material e atendam às diretrizes gerais do programa de necessidades e dos estudos de viabilidade. A responsabilidade pela elaboração dos projetos será de profissionais ou empresas legalmente habilitadas pelo Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (CREA) local ou pelo Conselho de Arquitetura e Urbanismo (CAU) local. O autor ou autores deverão assinar todas as peças que compõem os projetos específicos, indicando o número da inscrição de registro das ARTs no CREA ou dos RRTs no CAU, nos termos da Lei nº 6.496/1977 e da Lei nº 12.378/2010.

Analisando o Gráfico 2, comprovamos a importância da fiscalização nos processos licitatórios, pelo controle externo, seja pela sociedade civil, seja pelas empresas licitantes, e principalmente pelo Tribunal de Contas do Estado, frente a possíveis irregularidades nos processos licitatórios.

Tabela 1 Saneamento das irregularidades detectadas

Processos cancelados	Irregularidades sanadas	Reveladas	Processos com Irregularidades de que não foi cancelado e nem aplicada multa	Processos sem irregularidades	Aplicação de multas nos agentes responsáveis	Processos que não foi analisado - Recurso Federal
66	22	3	2	8	19	2

Total de 122 processos licitatórios

Fonte: Adaptado de Autora (2021).

Nesse item de pesquisa, dentre os 122 processos licitatórios que serviram de base para o trabalho, os dados apontam que 114 deles apresentaram irregularidades. Trata-se de um número bastante expressivo para esse universo.

Nos processos que foram detectadas irregularidades, o Controle de Fiscalização do Tribunal de Contas do Estado notificou os agentes responsáveis para suspender/cancelar o processo licitatório, até o saneamento das irregularidades. Observa-se que houve o cancelamento em 66 processos; em 22 processos as irregularidades foram sanadas; em 3 processos os agentes se mantiveram inertes, não atendendo a solicitação do Controle de Fiscalização do TCE-TO.

Do total de 122 processos licitatórios analisados, em 8 não foram encontradas irregularidades após a denúncia.

Houve uma atipicidade em dois processos analisados, onde foram detectadas irregularidades, e os processos não foram cancelados e nem os agentes multados. Nesses dois casos, havia ocorrido a assinatura do contrato e os objetos estavam sendo executados. No primeiro caso o objeto da contratação era a "contratação de empresa para manutenção e prevenção de ar-condicionado"; no segundo caso o objeto era "fornecimento de combustível para a frota de veículos do município". Em decisão o TCE/TO argumentou e decidiu que, em caso de suspensão dos processos licitatórios, resultaria em prejuízos: no primeiro caso, 'a falta de manutenção nos ares-condicionados poderia causar danos aos equipamentos'; no segundo caso, 'a falta de abastecimento das viaturas poderia prejudicar serviço essencial no município'.

O TCE-TO, não vislumbrando a ocorrência de danos ao erário público, ou má fé dos agentes, apenas recomendou que mantivessem o contrato com as empresas vencedoras, mas que os órgãos licitantes alimentassem o SICAP-LCO, e que se abstivesse de incluir cláusulas restritivas, para evitar que as ocorrências se repetissem em futuras licitações.

Em outros dois casos, o Tribunal de Contas deixou de analisar os processos licitatórios por se tratar de recursos de fontes Federais e a competência era do Tribunal de Contas da União-TCU, remetendo a solicitação da denúncia ao julgador responsável.

Pelo resultado apresentado, constatou-se que em 19 processos licitatórios, os agentes responsáveis, Prefeito, Secretário da pasta e Pregoeiro, foram multados, pelos seguintes motivos: 1- Atos irregulares que culminaram em infrações às normas legais; 2- Não disponibilização de licitação no Portal da Transparência do órgão/município, em desconformidade com o art. 8º, § 1º inciso IV, da Lei nº 12.527/2011; 3- Descumprimento de diligência do relator, em afronta ao art. 39, IV, da Lei nº 1.284/2001 c/c art. 159, IV, do Regimento Interno do TCE-TO, e 4- Ausência de justificativas em decorrência da revelia

dos responsáveis, violação ao art. 3º, § 2º, inciso III, da Instrução Normativa nº 03, de 20 de setembro de 2017 do TCE-TO.

6. Considerações Finais

A pesquisa teve como objetivo identificar os possíveis tipos de irregularidades presentes nos processos licitatórios no Estado do Tocantins. É inevitável pensar que, após 27 anos da Publicação da Lei Geral de Licitações, ainda nos deparamos com tantas irregularidades nos processos licitatórios!

Diante de tantas normas disciplinadoras da matéria de licitações, observamos que o corpo técnico da Coordenadoria de Fiscalização do TCE-TO, possui uma responsabilidade ímpar no controle das despesas públicas, cujo início, inquestionavelmente, dá-se a partir da fiscalização do procedimento licitatório, que uma vez mal planejado, poderá macular todo o processo de aquisição de bens e serviços por parte dos órgãos licitantes.

Na administração pública, em se tratando de processos licitatórios, certamente não há um conjunto perfeito de ferramentas e mecanismos capazes de eliminar as irregularidades, mas há a existência de um sistema de controle externo que contribui para desincentivar, reduzir e detectar práticas que possam minimizar essas irregularidades.

A nova Lei de Licitações e Contratos, propõe uma sistematização para as atividades de controle, definindo-se que as contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo. Espera-se uma maior integração entre o órgão licitante, sua assessoria jurídica, o órgão central de controle interno e os tribunais de contas.

Para concluir, é importante frisar da importância do controle de fiscalização do Tribunal de Contas nos processos licitatórios, para coibir condutas ilegais, ilegítimas, desonestas, imorais, dentre outras, pois, por ser órgão autônomo, assegura as condições necessárias para desempenhar a missão de julgar com isenção e imparcialidade.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 25 ed. Revisada e Atualizada Rio de Janeiro; Forense; São Paulo: Método 2017.

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência**. 2 ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2018. Brasília-DF. Disponível

em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/533714/licitacoes_e_contratos_administrativos_1ed.pdf>. Acesso em: 24 de janeiro de 2021.

SILVA, Carlos Roberto Almeida da. **Princípio da transparência na Administração Pública.** Disponível em: <<https://ralmeidasgc.jusbrasil.com.br/artigos/113024627/principio-da-transparencia-na-administracao-publica>>. Acesso em: 08 de abril de 2021.

NOVO, Benigno Núñez. Licitações. 05/JUL/2018. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10777/Licitacoes>>. Acesso em: 11 de maio de 2021.

OLIVEIRA. Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática.** 4ª. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 28. Disponível em: <<https://www.solicitacao.com.br/files/conteudo/29/-licitacoes-e-contratos-administrativos---teoria-e-pratica---rafael-carvalho---2015-1.pdf> .>. Acesso em 15 de fevereiro de 2021.

PLATT Neto; O., Cruz, F; Viera, A. **Transparência das contas públicas: um enfoque no uso da internet como instrumento de publicidade na UFSC.** Revista Contemporânea de Contabilidade, 3(5), 135-146. Florianópolis-SC. (2006). Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/contabilidade/article/view/55638>>. Acesso em: 08 março de 2021.

TOLENTINO, Marlúcia A. et al. **Lei de responsabilidade fiscal: dificuldades e benefícios da implementação e operacionalização na microrregião de Bocaiúva.** Unimontes Científica, Montes Claros-MG, v. 3, n. 3, p. 38-55, jul. 2002.

_____. Tribunal de Contas da União -TCU - Licitações Contratos & Orientações e Jurisprudência do TCU. 4a Edição - Revista, atualizada e ampliada. Brasília-DF. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/LIC_CONTR/2057620.PDF>. Acesso em: 15 fevereiro de 2021.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília-DF. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/constituicao1988/arquivos/ConstituicaoTextoAtualizado_EC%20109.pdf >. Acesso em: 04 de março de 2021.

_____. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 05 de março de 2021.

_____. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 05 de março 2021

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal.

Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 07 de março de 2021.

_____. **Lei nº 12.378, de 31 de dezembro de 2010.** Regulamenta o exercício da Arquitetura e Urbanismo; cria o Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil - CAU/BR e os Conselhos de Arquitetura e Urbanismo dos Estados e do Distrito Federal – CAUs. Brasília-DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 11 de março de 2021

_____. Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998. Altera dispositivos das Leis nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Brasília, DF. Disponível e <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9648cons.htm>. Acesso em: 15 de março de 2021.

_____. **Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.** Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003. Brasília-DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 15 de março de 2021.

_____. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.** Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 20 de abril de 2021.

_____. Lei nº 14.133 de 01 de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 01 de maio de 2021.

_____. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016.** Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília-DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 05 de maio de 2021.

_____. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.** Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília-DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 08 de maio de 2021.

_____. Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. Brasília-DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 26 de janeiro de 2021.

_____. **Decreto lei nº 9.412, de 18 de junho de 2018.** Atualiza os valores das modalidades de licitação de que trata o art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993

Brasília, DF. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 05 de março de 2021.

_____. Instrução Normativa nº 3/2003. Dispõe sobre o Sistema Integrado de Controle e Auditoria Pública – Licitações, Contratos e Obras – SICAP-LCO. Regimento Interno do Tribunal de Contas Estado do Tocantins. Palmas-TO. Disponível em: < <https://www.tce.to.gov.br/profissaogestor/images/obrasPublicas/IN-3-2017.pdf>>. Acesso em: 01 de maio de 2021.

ECONOMIA DIGITAL: COMO ACABAR COM A GUERRA FISCAL INTERNACIONAL? O PRINCIPAL DESAFIO É REGULATÓRIO OU COMPORTAMENTAL?

TATIANE MOREIRA DE SOUZA,
Mestranda em Direito Tributário pela FGV
Direito SP, com MBA em Gestão Tributária
pela Fundação Instituto de Pesquisas
Contábeis, Atuariais e Financeiras –
FIECAFI. Advogada em São Paulo.

De fato, vivemos em uma era de globalização, com o aumento e integração das economias nacionais, apresentando relevantes impactos ao redor do globo? Ou vivemos em uma era de máximo proveito egoístico e antiglobalização? Os discursos colocados em pauta pelas grandes multinacionais pela “tributação da automação” constituem preocupação real com o bem-estar da classe de trabalhadores que perderão seus empregos em virtude das suas respectivas substituições pelos robôs ou trata-se na verdade do “bom e velho” lobby ou tentativa de evitar o “*the rise of 'tax shaming'*”? É possível acabar com a guerra fiscal internacional? Em caso afirmativo, a guerra fiscal internacional chegará ao fim através de uma regulação global, pela adoção de medidas unilaterais por cada jurisdição? Ou antes, far-se-á necessário uma mudança de mentalidade dos atores envolvidos? E, dentro perspectiva, é utopia pensar num consenso global?

Longe de compreender que todos possuem a mesma base ou partem do mesmo lugar, é sabidamente conhecido, que a sociedade vem em longa escala sofrendo intensas modificações nas últimas décadas, passando de uma economia industrial para uma economia informacional, a chamada 4ª Revolução Industrial. Uma nova realidade absolutamente volátil, incerta e dinâmica, na qual ocorre diariamente a explosão de incontáveis e inimagináveis novas tecnologias, sendo lançadas e pivotadas MVP – *Minimum Viable Product* diariamente, com o intuito de inserir novos “produtos / serviços” no mercado a velocidade da luz. Por exemplos: as transações com *criptoativos, blockchain, software as service (SaaS)*, as empresas *tech (agritech, fintech, legaltech, adtech, healthtech* e assim por diante), os *marketplaces, cloud computing*, impressão 3D, nanotecnologia, IoT – Internet das Coisas, economia dos dados e do processo de migração para uma economia baseada em serviços e funcionalidades, com bens intangíveis, representando o grande componente de valor das empresas, substituindo-se a presença física pela presença digitais economicamente relevantes.

Trata-se de uma total transição da “velha economia” para a “nova economia”, na qual os grandes *players* do mercado que, por exemplo, se tornaram dependentes do desenvolvimento de ativos intangíveis, do uso de dados dos usuários das plataformas para tomadas de decisões, da necessidade de ganhar escala, de aumentar produtividade, reduzirem seus custos, se tornarem mais eficientes, passaram a se beneficiar das “lacunas”

legislativas, dos tratamentos legislativos conferidos pelos diferentes países (*mismatches*), para transferirem seus resultados a jurisdições com regras de tributação mais favoráveis, com baixa ou nenhuma tributação, o que é facilitado pela intensa mobilidade do capital e dos meios de produção, o que, em muitas hipóteses, tem sido considerado como planejamento abusivo / agressivo, combatido no âmbito da OCDE.

É certo que com o surgimento desses novos modelos de negócios surgidos nessa nova economia representa um grande desafio para os obsoletos sistemas tributários atuais que foram desenhados em uma economia tradicional, não marcada por toda essa volatilidade, incerteza e dinamicidade. Isso porque, existia, por exemplo: (i) presença física delimitada; (ii) regulação dos negócios transnacionais; (iii) limites fronteiriços, e (iv) tangibilidade dos bens, razão pela qual as regras de tributação não conseguiram acompanhar toda essa mudança, o que impõe a adoção de estratégias para que seja impedido um colapso geral em diversas jurisdições.

Nesse contexto, visando atacar formas de planejamento tributário agressivo, em desconexão com as atividades econômicas correlatas, utilizadas no sistema tributário internacional, com o objetivo de combater o agravamento da erosão da base tributária e transferência artificial de lucros, e, também, diante da incapacidade dos tradicionais sistemas tributários alcançarem, em tempo oportuno e adequado, as novas realidades econômicas, em 2013 a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) desenvolveu com o apoio do G-20, 15 planos de ação do Projeto BEPS. No fundo todas as 15 ações e pilares do BEPS visam estabelecer mecanismos, com o objetivo de impedir as duas polarizações, de um lado, a dupla tributação; e de outro lado, a dupla não tributação, o que é louvável, de certa perspectiva, na medida em que a luta contra a Erosão da Base Tributária e a Transferência de Lucros Tributáveis – BEPS interfere em todo o globo, prejudicando toda gama de diferentes pessoas de direito: governos, contribuintes e sociedade.

Embora, o objetivo central do Projeto BEPS, seja combater a erosão da base tributária, tal fenômeno, não pode ser atribuível somente a condutas dos contribuintes que se valem das oportunidades para reduzirem os tributos devidos em operações transnacionais, na medida em que estas ocorrem na maior parte das vezes, de atos de decisão legislativa dos diversos Estados que deliberadamente oferecem incentivos fiscais dos mais variados, ou ainda, da ausência de uma adequada interação normativa entre a variedade de regras tributárias determinadas por cada jurisdição, que não apenas poderá resultar numa dupla tributação, mas também em uma dupla não tributação de determinados rendimentos pelos países envolvidos.

Nesse jogo de interesses econômicos, no qual, aparentemente, predominam os interesses dos mais organizados, com maior poder de pressão política, para que sejam promovidas mudanças significativas em prol do todo, é necessária a determinação de

estratégias e uma boa organização das regras. Nesse espeque, registra-se que regular não pode ser confundido com atuação excessiva, desmesurada ou abusiva, ao invés, disso o objetivo deve ser de organizar o mercado competitivo, estimular a inovação, proteger as empresas menores ou evitar que sejam engolidas, mas sem massacrar as empresas, prioritariamente, tecnológicas, pois elas não são as grandes vilãs do planeta, nada obstante, devam contribuir com o estabelecimento de um sistema tributário, no qual cada um paga a sua parcela justa de tributos.

Sob tal perspectiva, afirma-se que as multinacionais, beneficiam-se do mercado consumidor, todavia, o mercado consumidor e o Estado, também, se beneficiam das empresas de tecnologia, haja vista todo o desenvolvimento ocorrido nas últimas décadas. Imaginem, no cenário nacional, ainda que de maneira simplória, “um mundo” em plena pandemia do COVID-19, sem os marketplaces (*Amazon*, Mercado Livre, *B2W* e muitas outras), sem as funcionalidades do Google, sem as redes sociais e meios de comunicação, sem o comércio eletrônico, sem o sistema de *Delivery*, entre tantas e tantas outras, sem as quais um mundo de isolamento seria muito mais insustentável do aquele que se apresenta hoje.

Em “sistema global” no qual não é privilegiado o diálogo promissor, realista e imprescindível entre todos os atores, o globo inteiro perde.

Com efeito, os avanços tecnológicos apresentam diversos aspectos positivos (difusão mais rápida da informação, crescimento econômico, mudança de paradigmas, fortalecimento da globalização, etc.), não sendo sequer possível imaginar, no atual estágio das coisas e da evolução da sociedade, que estes sejam freados ou boicotados de qualquer maneira, porém, é preciso lembrar que o caminho da evolução também é tortuoso, trazendo aspectos negativos, entre eles, o impacto do avanço da tecnologia sobre o mercado de trabalho e a possibilidade de desemprego em massa como consequência da expansão da automação nas fábricas e no setor de serviços, o que tem levado empresários a defender a intervenção dos Estados através da tributação, como forma de mitigar ou reduzir os impactos negativos. Essa ideia é defendida no âmbito da OCDE, com apoio do G-20, mas também por empresários da área da tecnologia (Será?). Seja como for o bilionário e cofundador da Microsoft Bill Gates comentou, em entrevista para o site Quartz, sobre a ideia de se tributar a automação, dizendo que “*Certamente haverá algum tipo de imposto relacionado à automação. Hoje, um trabalhador que receba, digamos, US\$ 50 mil em uma fábrica, paga impostos sobre a renda, paga contribuição social, essas coisas. Se um robô começa a desempenhar a mesma função, seria natural se pensar que ele seria tributado em um patamar semelhante*”, afirmou o empresário²⁷. Na mesma linha, o bilionário da tecnologia Elon Musk também já se manifestou a favor do

27 <https://www.bbc.com/portuguese/geral-48668181>

imposto, sob o argumento de que os recursos poderiam ser canalizados para a Saúde e Educação ou mesmo garantir uma renda mínima para todos os cidadãos.

Em vista dessa argumentação a única coisa que se apresenta como efetiva é a de que precisam ser estabelecidas estratégias para que o sistema tributário global se adeque a nova realidade, a essa nova economia. E quais seriam essas estratégias? Acreditamos que antes de discutir a eventual necessidade / adequação de extinção do “imposto corporativo”, a eventual necessidade / adequação de instituição de DST’s, mudança de regulação doméstica, estabelecimento de instrumentos multilaterais, seria necessário alcançar consenso acerca das estratégias a serem adotadas e que estas sejam estabelecidas de maneira transparente, coerente e com substância (pilares do BEPS), com a cooperação mútua entre os governos.

Por falar em estratégias adentramos a questão da guerra fiscal internacional que como qualquer outra guerra deveria objetivar a paz. A guerra é um dos assuntos mais importantes do Estado. É o campo onde, a vida e a morte são determinadas. É o caminho da sobrevivência ou da desgraça de um Estado. Assim, o Estado deve examinar com muita atenção este assunto antes de buscar a guerra ²⁸.

O trecho acima foi extraído do livro *A Arte da Guerra* (chinês: 孫子; pinyin: *sūn zǐ bīng fǎ*, literalmente "Estratégia Militar de Sun Tzu"), é um tratado militar escrito durante o século IV a.C. pelo estrategista conhecido como Sun Tzu. O tratado é composto por treze capítulos, cada qual abordando um aspecto da estratégia de guerra, de modo a compor um panorama de todos os eventos e estratégias que devem ser abordados em um combate racional²⁹, tratando-se de livro amplamente utilizado no mundo dos negócios, haja vista as estratégias que podem ser aplicadas no mercado competitivo.

E qual o objetivo de firmar essa analogia e utilizar suas metáforas para o mundo do BEPS? A principal razão é demonstrar as seguintes proposições: i) o objetivo precípua de qualquer guerra (inclusive, a fiscal nacional ou internacional), deve ser buscar a paz; e ii) para prever o resultado da guerra, devemos analisar e comparar as nossas próprias condições, e as do inimigo, baseada em cinco fatores. Os cinco fatores são os seguintes: caminho, clima, terreno, comando e doutrina.

Na guerra quem conduz os soldados para a batalha deve estar familiarizado com estes cinco fatores. Quem os compreende pode alcançar a vitória. Quem não os

²⁸ <https://www.sogipa.com.br/web/imgs/arquivos/a-arte-da-guerra5e8e0e84.pdf>

²⁹ https://pt.wikipedia.org/wiki/A_Arte_da_Guerra

compreende será derrotado. E no âmbito da OCDE, do Projeto BEPS, será que se antes mesmo de serem estabelecidas recomendações, diretrizes, tratados, se fossem considerados os cinco fatores (caminho, clima, terreno, comando e doutrina), não estaríamos mais próximos do “consenso”? Acabar com a guerra fiscal internacional? E, assim, conseguiríamos alcançar a vitória não em favor de um grupo de indivíduos ou das jurisdições desenvolvidas, mas sim em favor do Globo?

Como proposto nas primeiras linhas desse artigo, sem nenhuma pretensão exaustiva, ou ainda, de trazer conceitos técnicos-jurídicos já amplamente debatidos pela mais diversa gama de profissionais, busca-se, dentro dessa realidade da “economia digital”, trazer elementos para confirmar a proposição e/ou ainda, pelo menos, para gerar a reflexão, de que o principal desafio a ser enfrentado pelos atores (Governos, Contribuintes, Sociedade) mais do que firmar instrumentos bilaterais, uma regulação fiscal global, é antes de mais nada a busca efetiva pelo consenso razoável entre os países envolvidos nesta temática, a mudança de mentalidade, a efetiva conscientização, levando-se em consideração os diferentes níveis de desenvolvimento e capacidade de cada uma das jurisdições.

O EXERCÍCIO DA GUARDA COMPARTILHADA EM TEMPOS DE PANDEMIA

PAULO AMARILDO DE JESUS:

Graduando do Curso Superior de Direito do Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA

Resumo: A Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecem como dever conjunto da família, da sociedade e do Estado, assegurar às crianças e aos adolescentes, com absoluta prioridade, o direito à saúde, colocando-os a salvo de toda forma de negligência e garantindo-lhes, simultaneamente, o direito à convivência familiar. Entretanto, com as medidas restritivas em decorrência da COVID-19, aparentemente, esses dois direitos fundamentais foram colocados em rota de colisão. Se, de um lado, a criança e o adolescente têm assegurado constitucionalmente o direito à convivência familiar, especialmente com seus genitores, por outro, cabe a ambos os pais, ao Estado e à sociedade, preservar sua saúde e sua vida. Considerando que as medidas de isolamento decretadas como forma de contenção ao vírus trouxeram diversas implicações, incluindo na relação entre pais e filhos, incutindo em riscos associados à manutenção da segurança e o desenvolvimento das crianças, emerge, a necessidade de compreender como tem funcionado a guarda compartilhada em tempos de pandemia. Para tanto, empreendeu-se pesquisa bibliográfica e documental, analisando-se as principais decisões judiciais proferidas e os critérios utilizados pela autoridade judiciária para deferir ou denegar uma sentença, em favor de apenas um genitor, em detrimento da guarda compartilhada, durante os períodos de isolamento social.

Palavras-chave: Pandemia. Guarda compartilhada.

Abstract: The 1988 Federal Constitution and the Child and Adolescent Statute establish the joint duty of the family, society and the State to ensure children and adolescents, with absolute priority, the right to health, placing them safe in every way. negligence and, at the same time, guaranteeing them the right to family life. However, with the restrictive measures resulting from COVID-19, apparently, these two fundamental rights were placed on a collision course. If, on the one hand, children and adolescents have constitutionally guaranteed the right to family life, especially with their parents, on the other hand, it is up to both parents, the State and society to preserve their health and life. Considering that the isolation measures enacted as a means of containing the virus had several implications, including in the relationship between parents and children, instilling in risks associated with the maintenance of safety and the development of children, the need to understand how custody has worked emerges. shared in times of pandemic. To this end, a bibliographic and documentary research was undertaken, analyzing the main court decisions issued and the

criteria used by the judicial authority to grant or deny a sentence, in favor of only one parent, to the detriment of shared custody, during periods of social isolation.

Keywords: Pandemic. Shared Guard.

Sumário: Introdução; 2 O direito de família e a Constituição Federal de 1988; 2.1 A guarda compartilhada no ordenamento jurídico pátrio; 3 O exercício da guarda compartilhada durante a pandemia; 3.1 Principais alterações na convivência em razão do isolamento social; 3.2 Reflexos da pandemia no exercício da guarda compartilhada; 3.3 Critérios aplicados às decisões judiciais atinentes à guarda compartilhada durante os períodos de isolamento social; Considerações finais; Referências bibliográficas.

Introdução

O ano de 2020 começou seus dias em meio a boatos acerca de uma nova modalidade de vírus, altamente transmissível, de efeitos imprevisíveis no hospedeiro, que poderia provocar desde um simples resfriado, em alguns, até à morte repentina, em outros, sem qualquer possibilidade de resposta aos tratamentos disponíveis.

Não demorou muito e esses boatos foram confirmados pela Organização Mundial de Saúde – OMS, que classificou tais circunstâncias como uma pandemia, em março do mesmo ano, quando a doença provocada pelo vírus intitulado pelos pesquisadores como Sars-Cov-2, chegou ao ápice de sua atividade.

A partir de então, a referida organização estabeleceu uma série de diretrizes e medidas contenciosas à propagação desse vírus, que deveriam ser observadas por todos os estados soberanos sob sua égide. Conseqüentemente, o Brasil foi impulsionado a adotar tais medidas, na tentativa colaborar na redução das possibilidades de disseminação do vírus (SILVA, et. al., 2020).

Dentre as principais medidas adotadas para mitigar a transmissão do vírus, o isolamento social foi considerado, pelos estudiosos do tema, o meio mais eficaz de contenção. Sendo assim, o poder público elaborou um rol de resoluções e decretos, contendo medidas de prevenção e combate à disseminação do coronavírus. Com isso, eventos esportivos e culturais foram cancelados, áreas públicas abertas ao convívio social foram restringidas, estabelecimentos comerciais foram fechados, empresas precisaram se adaptar ao trabalho remoto e as escolas passaram a contar com as ferramentas digitais para realizar suas atividades, em decorrência da suspensão das aulas presenciais.

Frente a esse cenário incomum, muitos pais/mães, entendendo que as crianças não poderiam conviver com seus dois genitores e com suas famílias extensas, sem correr riscos, passaram a restringir o convívio dessas crianças com o outro genitor, sob o argumento de que a alternância de residências significaria uma maior exposição ao vírus.

Por serem, na maioria das vezes, decisões unilaterais, os genitores afastados do convívio presencial com os filhos, passaram a acionar o Poder Judiciário para garantir tal direito, especialmente nos casos de guarda compartilhada, em que a criança acabou ficando sob a égide de apenas um dos pais, por período indeterminado (GUARIENTE; SIMÕES, 2021).

Emerge, assim, o desafio de descobrir como manter a saúde e a incolumidade do menor sem comprometer a convivência paterna/materna, haja vista que, muitos pais, assustados com a possibilidade de contágio, passaram a proibir o contato físico com o outro genitor. Outros, ainda, resolveram tirar proveito dessa nova condição social, para praticar a chamada alienação parental, se utilizando da pandemia como desculpa para impedir o convívio com o outro guardião (SILVA, et al., 2020).

Diante do exposto acima, o presente estudo teve por objetivo responder à seguinte pergunta norteadora: "Como conciliar os direitos e obrigações dos genitores com relação à guarda compartilhada durante a pandemia do novo coronavírus?". Subsequentemente, procurou-se identificar as principais alterações e impasses trazidos pela pandemia quanto ao exercício da guarda compartilhada, considerando que as relações jurídicas que permeiam as questões intrafamiliares não são mais as mesmas, e o cenário pandêmico não tem prazo de validade.

Para tanto, utilizou-se de pesquisa bibliográfica e documental, a fim de mapear os direitos de convivência da criança e do adolescente, na legislação vigente, percorrendo sobre as problemáticas trazidas por esse novo contexto histórico-social, tendo em mente as decisões mais favoráveis aos interesses relacionados à formação dos tutelados.

2 O direito de família e a Constituição Federal de 1988

A promulgação da Constituição Federal de 1988, amplamente fundamentada na prevalência e observância dos direitos humanos, foi responsável por introduzir, no ordenamento jurídico brasileiro, uma série de direitos e garantias fundamentais voltados, principalmente, para a preservação da dignidade humana. De fato, no âmbito das garantias sociais, foram introduzidas novas possibilidades de conformações familiares além da tradicional, suscitando, assim, uma série de alterações no Direito de Família, no sentido de melhor adequar o princípio da proteção à família.

Nesse sentido, os novos preceitos constitucionais vieram realinhar os laços de afeto e de solidariedade na estrutura familiar, tendo em vista a plena satisfação do cidadão, incluindo sua autonomia e desenvolvimento no seio familiar, tendo em vista a sua satisfação pessoal, o que, por sua vez, acabou motivando um segundo momento, caracterizado pela facilitação das dissoluções das uniões estáveis e separações conjugais, justificadas pela observância de garantias fundamentais como o direito à liberdade, à vida

e à dignidade humana. Conforme leciona Barroso (2015, p. 493): “A Constituição de 1988 foi o rito de passagem para a maturidade institucional brasileira”.

Consequentemente, a evolução social e as transformações advindas com a Constituição de 1988 serviram de respaldo para a mudança na legislação, possibilitando a promulgação do Código Civil de 2002 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais vieram complementar os direitos já existentes no âmbito do direito de família.

Abandonando os moldes patriarcais das legislações anteriores, o Código Civil nasceu trazendo outra remessa de inovações no âmbito do direito familiar, como, por exemplo, o conteúdo disposto em seu artigo 1.639, fixando o princípio da autonomia privada como reitor das relações patrimoniais no casamento (COUTINHO, 2020).

Tais modificações, por sua vez, culminaram em outras medidas legislativas proferidas na seara nos divórcios e das dissoluções conjugais, como a Lei Nº 11.441/2007 e a EC Nº 66/2010, que passaram a ser facilitar o processo de separação, e, por consequência, o arranjo de novas entidades familiares (COUTINHO, 2020).

Se dantes, em caso de separação do casal, os filhos ficavam exclusivamente sob a guarda da mãe, cabendo ao pai, apenas, a obrigação de sustento e visitação quinzenal, com as várias mudanças sofridas no conceito de família brasileira, ao longo dos anos, verificou-se uma grande evolução dos costumes presentes na referida instituição, passando a ser frequente a estipulação da guarda compartilhada, ou ainda, a concessão da guarda exclusiva ao pai ou avós da criança ou adolescente.

Com as facilidades de separação conjugal, o Pátrio Poder, que, antes, se baseava na figura paterna como o chefe da família, passou a receber a denominação de Poder Familiar, em consonância com o previsto no §5º do art. 226, da Constituição de 1988, onde prevê-se que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

De igual modo, a responsabilidade de prover o sustento dos filhos passou a ser comum de ambos os genitores, conforme previsto no 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)

Assim, constitui-se dever do Estado, concomitantemente com a família e a sociedade, assegurar à criança e ao adolescente, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à dignidade, ao respeito e a uma convivência familiar e sadia. Conseqüentemente, por se tratar de disposição trazida pela Lei Máxima do nosso ordenamento jurídico, as legislações infraconstitucionais posteriores deveriam observar tais determinações em sua composição.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), por exemplo, trazia em sua redação inicial que:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes (BRASIL, 1990, p. 05)

Todavia, tal previsão normativa foi, por muito tempo, utilizada equivocadamente, para justificar o afastamento sistemático de crianças (não raro recém-nascidas) e adolescentes do convívio de sua família de origem, dando margem a inúmeras distorções na interpretação e aplicação do dispositivo. Isso posto aprovou a Lei Nº 13.257, de 2016 alterar a parte final de seu art. 19, que passou a contar com a seguinte redação:

Art. 19. Toda **criança** ou **adolescente** tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, **assegurada a convivência familiar e comunitária**, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. (Redação dada pela Lei Nº 13.257, de 2016)

(BRASIL, 1990, p. 05, grifos do autor)

Essa foi uma das principais alterações trazidas para o ECA, tendo em vista melhor atender aos interesses da criança, considerando que a retirada do incapaz do seio de sua família, com colocação em abrigo ou em eventual lar substituto, só seria cabível nas ocasiões em que se revele mais prejudicial e mais danoso à sua personalidade do que a permanência entre seus entes queridos.

Outra importante alteração trazida pela Lei Nº 13.257/2016, refere-se à reafirmação, em diversas passagens, a necessidade de priorizar a manutenção da criança/adolescente em sua família de origem, reafirmando o “princípio da prevalência da família”, expressamente relacionado no art. 100, parágrafo único, inciso X, do ECA, segundo o qual:

X - prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que

os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isso não for possível, que promovam a sua integração em família adotiva; (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017) (BRASIL, 1990, p. 27).

Destarte, na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente, deve ser concedida prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isto não for possível, que promovam a sua integração em família substituta.

2.1 A guarda compartilhada no ordenamento jurídico pátrio

A guarda compartilhada só foi regulamentada, legalmente, na legislação brasileira, em 2014, quando Lei Nº 13.085/2014, também conhecida pela Lei da Guarda Compartilhada, que trouxe as seguintes disposições:

Art. 1º Esta Lei estabelece o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispõe sobre sua aplicação, para o que modifica os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

Art. 2º A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1.583. (...)

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos (BRASIL, 2014, p. 01).

Assim, tem-se que a guarda compartilhada refere-se da divisão igualitária da responsabilidade dos filhos e na participação do desenvolvimento da vida do menor de forma equilibrada. Podendo ser requerida por consenso dos genitores, sendo que a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

Pode verificar-se, ainda, que a aludida lei foi criada justamente por conta da preocupação com o desenvolvimento do menor, a fim de garantir que os dois genitores

participem ativamente na educação, formação social e afetiva, e demais decisões que possam causar impactos na vida da criança.

Os critérios para instituição da guarda compartilhada, por sua vez, estão dispostas no § 2º do Art. 1.584, do Código Civil, de 2002:

Art. 1.584 Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. (BRASIL, 2002)

Nesta senda, a guarda compartilhada somente deveria ser desconsiderada em casos extremos, a exemplo de uma ação de divórcio litigioso, onde, dificilmente, vai ser possível trazer, para o menor, uma convivência harmoniosa entre os progenitores. Se não há diálogo entre os pais, havendo dissenso em relação às necessidades dos filhos, a forma de educar, não há que se fixar a guarda compartilhada.

Nas palavras de Madaleno e Madaleno, a guarda exclusiva só deve ser considerada em condições verdadeiramente inviáveis e em favor do melhor interesse do menor, conforme exposto a seguir:

[...] A guarda exclusiva, atribuída pelo juiz em virtude de desacordo entre os pais, só se verificaria na inviabilidade da guarda compartilhada, mas sempre respeitando o melhor interesse do menor a partir da identificação do genitor que apresentar melhores aptidões para o cuidado diário e efetivo do filho. Em 2014, a Lei 13.058 torna esta modalidade obrigatória. (MADALENO; MADALENO, 2018, p. 36).

Na mesma direção, Maria Berenice Dias, assevera que:

A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva a pluralização das responsabilidades, estabelecendo uma verdadeira democratização de sentimentos. A proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual (DIAS, 2010, p. 432).

Não há razão, portanto, para se priorizar um guardião em detrimento do outro, no que se refere à convivência parental, uma vez que, para o menor, a guarda compartilhada é o modelo ideal de guarda, já que possibilita a continuidade da convivência com ambos os genitores, exceto nos casos em que há desarmonia ou disputa entre os pais.

3 O exercício da guarda compartilhada durante a pandemia

3.1 Principais alterações na convivência em razão do isolamento social

Desde 11 de março de 2020, quando a Organização Mundial da Saúde (OMS) classificou a doença causada pelo novo coronavírus como uma pandemia, o mundo ingressou em uma imensa crise holística, nas suas mais diversas dimensões. Os impactos foram sentidos nas mais diversas áreas, afetando as relações de ordem sanitária e social, econômica e fiscal, jurídica e política (ALVES, 2021).

Trata-se, portanto, de uma crise sem precedentes, em território nacional, que culminou em diversas medidas de isolamento social, incluindo fechamento de escolas, restrições de viagens intermunicipais, interestaduais e internacionais, implantação do *home-office*, além de reduções de jornada e suspensões e restrições de contrato de trabalho, trazendo inúmeras dificuldades no que se refere ao cumprimento dos regimes de convivência estabelecidos (SILVA, 2020).

Sob a ameaça constante da contaminação iminente, as famílias se isolaram em pequenos núcleos para proteção de seus membros. No entanto, se por um lado as medidas de distanciamento social são recomendadas para reduzir a velocidade de propagação do vírus, por outro, inviabilizaram, muitas vezes, a convivência parental entre as crianças e adolescentes com sua família, modificando, drasticamente, o direito de convivência parental e familiar (NAHAS; ANTUNES, 2020).

Assim, com a chegada da pandemia, entretanto, muitas foram as modificações em torno das possíveis modificações das visitas e da guarda dos filhos, principalmente, nos casos em que o pai ou a mãe estavam expostos a atividades de risco ou que, por algum outro fator, poderiam oferecer risco substancial de contaminação aos dependentes.

Nesse quesito, inúmeras vidas foram afetadas pela nova rotina imposta pelo confinamento, fazendo com que o poder jurisdicional fosse compelido a encontrar alternativas rápidas, para solucionar as inúmeras questões relacionadas ao direito de convivência e, assim, responder aos anseios das famílias separadas em virtude das medidas protetivas contra o coronavírus.

3.2 Reflexos da pandemia no exercício da guarda compartilhada

Em tempos de normalidade, as crianças e adolescentes em situação de guarda compartilhada, se revezam entre a casa do pai e da mãe, alternando determinados períodos com cada um, de acordo com o previamente acordado, em juízo ou não. Contudo, essas determinações não contemplam momentos de situação extrema, como é o caso de uma pandemia, nos moldes da que estamos presenciando, na atualidade.

Apesar de essa faixa etária, que vai da primeira infância até o fim da adolescência, não estar no grupo de risco até agora divulgado, essa alternância entre a casa dos pais, seja pela guarda compartilhada, seja pelo direito de visitas a ser exercido, tem sido considerada um veículo de transmissão entre uma casa e outra, especialmente, nos lares em que residem idosos ou pessoas com comorbidades (MARQUES; SILVA, 2021).

Em razão dessa possibilidade, logo nos primeiros meses de pandemia, diversas decisões judiciais foram proferidas privilegiando apenas um dos guardiões e suspendendo, provisoriamente, o direito de visitas. Entretanto, dadas as circunstâncias imprecisas, perante a alta demanda pandêmica de pedidos, o Poder Judiciário precisou refletir acerca de qual a melhor saída para a preservação dos vínculos afetivos familiares, sem prejudicar a formação do menor nem a sua saúde e, tampouco, a saúde daqueles que estão em volta (GUARIENTE, SIMOES, 2021).

Uma vez que não existe, ainda, no Brasil, uma previsão legal específica que defina como os pais separados devem agir em cenários atípicos, inicialmente, a maioria das decisões liminares foram concedidas mantendo o *status quo* da criança antes da pandemia. No entanto, há de se destacar que o direito de convivência é, principalmente, da criança ou do adolescente, e não apenas dos genitores, de modo que as decisões precisam sempre levar em conta o interesse do menor, de forma prioritária e superior à conveniência dos pais (SILVA, MARQUES, 2021).

Em seu turno, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA, expediu recomendação traçando critérios para a solução dos conflitos de convivência paterno-filial, recomendando que, crianças e adolescentes, filhos de casais com guarda compartilhada ou unilateral, nas hipóteses em que não haja riscos à sua saúde nem à saúde da coletividade, em razão da alteração do período de convivência.

Assim, os pais da criança precisam tomar suas decisões com cautela e equilíbrio, pensando no melhor para o menor, com vistas à preservação de seu direito à vida e à saúde, mas sem negligenciar a preservação dos vínculos familiares, podendo ser consideradas, em último caso, estratégias de comunicação, como videochamadas e telefonemas, para que o contato seja mantido, mesmo à distância.

Finalmente, impende ressaltar que, proibir a convivência da criança, sem justificativa plausível, pode ser configurada como alienação parental. O ‘excesso de zelo’,

por si só, não deve justificar o rompimento da convivência de uma criança com um de seus pais. Assim, não verificados fatores de risco aos menores, as visitas e manutenção da guarda compartilhada devem permanecer inalterados durante o período em que perdurar o isolamento social.

3.3 Critérios aplicados às decisões judiciais atinentes à guarda compartilhada durante os períodos de isolamento social

Conforme mencionado anteriormente, a legislação específica não contempla cenários inusitados, como o de agora. Contudo, existem algumas definições que podem ser aplicadas, como é o caso do disposto no art. 1583, do Código Civil, que institui que: "Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos." (BRASIL, 2002)

Também pode ser empregado, nesse contexto, o disposto no art. 1.586, do Código Civil, que prevê a intervenção do juiz em casos graves excepcionais, ao trazer que: "Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais" (BRASIL, 2002). Porém, essa premissa não costuma ser empregada, rotineiramente, sob o argumento de que a guarda compartilhada é sempre preferível, quando possível.

Na esfera doutrinária, foram estabelecidas duas correntes, relativas à adoção e apreciação de medidas legais excepcionais e transitórias, considerando o período de isolamento social. A primeira delas enxerga a necessidade de medidas drásticas quanto do regime de convivência familiar, proclamando a devida intervenção do Estado para determinar a imediata suspensão da convivência familiar presencial, em prol da saúde da criança e do adolescente.

Nesse sentido, Gisele Leite afirma que:

É razoável entender que se deve suspender, ao menos provisoriamente, o deslocamento de crianças e adolescentes durante a pandemia, prevalecendo pelo menos uma guarda unilateral fática. A fim de atender e proteger os filhos. Mas, essa redução pode ser amenizada com o convívio virtual. Podendo, até, em outra ocasião, o ente afastado passar ficar mais tempo, como forma de compensação e recuperação do tempo de convívio perdido (LEITE, 2020, p. 01)

Existe ainda, um projeto de lei em tramitação na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei Nº 1646/21, cujo qual determina que, enquanto perdurar a pandemia causada pelo novo coronavírus, as visitas e os períodos de convivência no caso de guarda compartilhada

ou unilateral poderão ser substituídos por outras formas de contato, mediante prévia autorização judicial. Se for comprovado que um dos pais não está cumprindo regras de distanciamento social ou de higiene na pandemia, este poderá ter o direito de visitação e/ou convivência, suspenso temporariamente.

Em contrapartida, a segunda corrente vigente, pondera que deve haver um equilíbrio entre o bom senso e os riscos envolvendo a saúde da família, possibilitando, portanto, a flexibilização da suspensão drástica da convivência, devendo, pois, ser analisado cada caso, de acordo com as circunstâncias concretas, ressalvadas as condições de preservação da incolumidade da criança (OLIVEIRA, 2020).

Em recente artigo escrito, Sílvia Marzagão assevera que:

[...] o mais importante, a nosso ver, é que, garantida a incolumidade física da criança, se mantenha intacto o convívio e o equilíbrio nas funções parentais. Assim, sendo possível o convívio físico com segurança, que seja ele mantido. Isso, inclusive, viabiliza que os pais cuidem da prole de maneira equilibrada, sem sobrecarregar nenhum deles. Estando os genitores em isolamento social e garantido o trânsito seguro da criança, não há razão para suspensão do convívio (MARZAGÃO, 2020, s/p).

Assim, sendo possível o convívio físico com segurança, que seja ele mantido. Isso, inclusive, viabiliza que os pais cuidem da prole de maneira equilibrada, sem sobrecarregar nenhum deles. Estando os genitores em isolamento social e garantido o trânsito seguro da criança, não há razão para suspensão do convívio. Na mesma linha de raciocínio, pontuam Moura e Colombo:

A técnica da ponderação dos direitos fundamentais surge como instrumento útil para a solução concreta de divergências acerca das novas dinâmicas necessárias para a garantia do convívio familiar, sendo possível, embora excepcionalíssima, a suspensão do contato presencial, somente quando houver circunstâncias fáticas que agravam o risco à saúde de pessoas vulneráveis, seja a própria criança ou adolescente, seus pais, responsáveis ou demais familiares (MOURA; COLOMBO, 2020, p. 210).

Desse modo, essa segunda corrente doutrinária manifesta o entendimento de que, entre a suspensão e a manutenção da convivência presencial, existem soluções intermediárias, como, por exemplo, prolongando os períodos de permanência com cada genitor, mas sem privar os filhos desse contato presencial indefinidamente.

Em casos excepcionais, em que o contato físico seja arriscado, graças a uma maior exposição do genitor ao vírus por razões profissionais, a convivência presencial pode vir a ser suspensa, eventualmente, sem significar, todavia, ruptura substancial dos laços afetivos. Assim, ao menos de maneira virtual, a convivência e o cuidado devem ser mantidos.

A propósito, essa foi considerada, frequentemente, a melhor modalidade por tratar os pais igualmente, mantendo a corresponsabilidade e a coparentalidade, além de ser uma tentativa de amenizar a ruptura do eventual vínculo anteriormente existente entre os genitores e, provavelmente, se tornará uma realidade mais evidente, especialmente nos casos daqueles que residem em locais distantes e preservam os laços, amenizando os efeitos de uma eventual alienação parental.

Considerações finais

A guarda compartilhada é considerada pela jurisprudência e pela corrente doutrinária, uma das modalidades mais benéficas aos menores, filhos de pais separados, estabelecendo, de forma igualitária, as responsabilidades e a execução de direitos e deveres mais favoráveis ao desenvolvimento da criança ou do adolescente.

Em tempos de normalidade, esse direito de convivência da criança com ambos os genitores se efetua perante revezamento entre as casas do pai e da mãe, alternando determinados períodos com cada um, de acordo com o previamente acordado, em juízo ou não, de acordo com o que for melhor para os interesses e direitos do menor, conforme assegurado na legislação vigente.

No entanto, em decorrência da chegada da pandemia causada pelo novo coronavírus, esse instituto foi ameaçado, em virtude da necessidade de isolamento social para diminuir as chances de contágio, fazendo com que muitos pais optassem por manter o filho alheio ao contato presencial com a outra parte.

Passando-se os meses, ao constatar-se que a pandemia não parecia ter data certa para terminar, esses períodos começaram a ser considerados infundados, já que o vírus continuou se proliferando e se disseminando. Assim, tornou-se evidente não se poderia impedir o contato da criança com o pai, ou a mãe, indeterminadamente, sob o pretexto do risco de contaminação.

Embora as decisões proferidas pelo Judiciário tenham acatado esse tipo de medida restritiva, nos primeiros momentos de pandemia, com o avançar dos dias, outros elementos começaram a ser sopesados, tendo em vista os prejuízos que esse afastamento poderia trazer, sem qualquer garantia factual de que permanecer com um dos pais, exclusivamente, seria suficiente para manter o menor em segurança em termos de saúde física e mental.

Sendo assim, foram vislumbradas estratégias para a manutenção do vínculo entre pais e filhos, como o uso das redes sociais e videochamadas, além de determinadas as ocasiões em que não seria necessário interromper o convívio, quando não houvesse maior risco de exposição da criança ou adolescente, ao vírus, por transladar entre a residência de seus genitores.

Portanto, o direito à convivência familiar e a guarda compartilhada só devem ser suspensos quando um dos genitores, em decorrência de sua profissão ou demais atividades, incidirem em risco substancial à saúde da criança e do adolescente, ou ainda, quando estes, por conviverem com pessoas inseridas nos grupos de risco, essas possam contribuir como veículos transmissores do vírus, já que essa faixa etária não costuma sofrer graves efeitos da doença, podendo, muitas vezes, estarem assintomáticos, mas em fase de transmissão.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 jul. 2021.

BRASIL, Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (**Estatuto da Criança e do Adolescente**). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 28 jul. 2021.

BRASIL. **Lei Nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2010.406-2002?OpenDocument. Acesso em: 23 jul. 2021.

BRASIL. **Lei Nº 13.058**, de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm. Acesso em: 29 jul. 2021.

COUTINHO, Helen de Araújo. **O reconhecimento da filiação socioafetiva e seus efeitos legais no ordenamento jurídico pátrio**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 20 jun. 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/55476/o-reconhecimento-da-filiao-socioafetiva-e-seus-efeitos-legais-no-ordenamento-juridico-ptrio>. Acesso em: 28 jul. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

MADALENO, Ana Carolina Carpes. MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MARQUES, Carla Louzada; SILVA, Juliana Reis. **Guarda compartilhada em tempo de coronavírus**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/325040/guarda-compartilhada-em-tempo-de-coronavirus>. Acesso em: 10 jun. 2021.

MARZAGÃO, Silvia Felipe. **Direito de família e pandemia: tempo de reflexão e transformação**. AASP, 17 abr. 2020. Disponível em: <https://www.aasp.org.br/em-pauta/direito-de-familia-e-pandemia/>. Acesso em: 19 jun. 2021

MOURA, Líbera Copetti de; COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Exercício do direito à convivência familiar em situações extremas: princípio do melhor interesse da criança e colisão de direitos fundamentais. In: NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedrosa; MARZAGÃO, Silvia Felipe. (coord). **Coronavírus: impactos no direito de família e sucessões**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. p. 201-2011.

NAHAS, Luciana Faísca; ANTUNES, Ana Paula de Oliveira. **Pandemia, fraternidade e família: a convivência e a importância da manutenção dos laços familiares**. Disponível em: <http://repositorio.asc.es.edu.br/handle/123456789/2619>. Acesso em: 10 jun. 2021.

SILVA, D. S.; ANDRADE, L. A. P; DOS SANTOS, S. M. P. Alternativas de ensino em tempo de pandemia. **Research, Society and Development**, v. 9, n. 9, p. 1-17, 2020. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/7177/6592> . Acesso em: 23 jul. 2021.

VETOS PRESIDENCIAIS DA LEI ANTICRIME DERRUBADOS PELO CONGRESSO: TRÊS ASPECTOS PONTUAIS

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

FRANCISCO SANNINI.³⁰

(coautor)

1 – INTRODUÇÃO

O chamado “Pacote Anticrime”, que se materializou na Lei 13.964/19, foi objeto de vários vetos presidenciais quando de sua promulgação. Entretanto, o Congresso Nacional, após aproximadamente 16 (dezesesseis) meses, deliberou pela derrubada desses vetos.

Neste trabalho abordaremos três aspectos pontuais que importam para a Legislação Penal e Processual Penal Especial, quais sejam, a criação de um novo crime de homicídio qualificado e, portanto, hediondo; a regulação da captação ambiental em período noturno e em local considerado “casa” e, por fim, a questão das gravações ambientais e sua validade como prova.

Ao final serão repassados esses temas de forma sumária e apresentada uma avaliação conclusiva.

2 – NOVO HOMICÍDIO QUALIFICADO HEDIONDO

³⁰ Mestre em Direitos Difusos e Coletivos e pós-graduado com especialização em Direito Público. Professor da Pós-graduação da UNISAL/Lorena. Professor Concursado da Academia de Polícia do Estado de São Paulo. Professor da Pós-Graduação em Segurança Pública do Curso Supremo. Professor do Damásio Educacional. Autor de livros jurídicos. Delegado de Polícia do Estado de São Paulo. Titular do primeiro Setor de Combate à Corrupção, Organização Criminosa e Lavagem de Dinheiro (SECCOLD) do Estado de São Paulo.

Importa ressaltar que, num primeiro momento, com o advento da Lei 13.964/19 a redação do artigo 1º, inciso I, da Lei 8.072/90, restou praticamente intacta, mantendo os mesmos equívocos já existentes e apenas acrescentando uma nova impropriedade.

A impropriedade então acrescida foi muito simples. A Lei 13.964/19, em seu artigo 2º, criava um inciso VIII, nas qualificadoras do crime de homicídio. Porém, tal acréscimo foi objeto de veto e, portanto, neste ponto, não houve alteração do texto do Código Penal. A qualificadora seria, se houvesse sido aprovada, a de cometer o homicídio com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido.

Acontece que no artigo 5º, da Lei 13.964/19, que tratou de tecer as modificações na Lei dos Crimes Hediondos, acabou sendo mantida, entre parêntesis, a menção de um suposto artigo 121, § 2º, VIII, CP, como crime hediondo, o que constituiu na época uma espécie de *fantasma jurídico*, já que não encontrava correspondência no Código Penal.

Em outras palavras, o presidente vetou a criação de uma nova forma qualificada de homicídio e, como o legislador – na Lei dos Crimes Hediondos – enumera os crimes que ele define como tal e tenta esclarecer a que crime se refere, fazendo expressa referência ao artigo no qual ele está definido; com o veto presidencial apenas à criação da qualificadora e não ao inciso que pronuncia os homicídios hediondos, houve a referência a uma figura de homicídio que sequer nasceu, num primeiro momento, no mundo jurídico.

Entrementes, embora somente depois de aproximadamente 16 meses, o Congresso Nacional derrubou os vetos presidenciais ao Pacote Anticrime. Dessa forma, foi criado, a partir de então (29.04.2021) um novo homicídio qualificado, qual seja, sempre que cometido pelo agente com o emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido (Nova redação do artigo 121, § 2º, VIII, CP). Obviamente, portanto, surge um novo crime hediondo, qual seja, essa espécie de homicídio qualificado ora previsto. Também por obviedade, tal qualificadora não pode ter força retroativa, eis que se trata de "*novatio legis in pejus*". Agora temos mais um problema gerador de insegurança jurídica no Brasil (como se já não fossem suficientes): a demora ilegal e injustificável, porque violadora dos prazos do devido Processo Legislativo, para deliberação do Congresso sobre eventuais derrubadas de veto presidenciais (inteligência dos artigos 57, § 2º, IV c/c artigo 66, §§ 4º. e 6º., CF).

3 – CAPTAÇÃO AMBIENTAL NOTURNA E EM "CASAS"

O § 2º, do artigo 8º. – A da Lei 9.296/96, alterada pela Lei 13.964/19 havia também sido objeto de veto presidencial, o qual foi derrubado pelo Congresso Nacional.

Assim sendo, ganha a seguinte redação o citado § 2º.:

§ 2º A instalação do dispositivo de captação ambiental poderá ser realizada, quando necessária, por meio de operação policial

*disfarçada ou no período noturno, exceto na casa, nos termos do inciso XI do **caput** do art. 5º da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

Com isso a problemática em torno da “exploração de local” para fins de instalação de equipamentos de captação merece uma nova reflexão diante da “ressureição” do regramento imposto pelo artigo 8º-A, §2º, da Lei em estudo, objeto de veto presidencial na ocasião da publicação da Lei 13.964/19. Nos termos do dispositivo, a instalação de instrumentos de captação ambiental poderá ser realizada, quando necessária, por meio de operação policial disfarçada ou no período noturno, exceto na casa, observando-se o inciso XI do *caput* do art. 5º da Constituição da República.

É notável que tal previsão gera uma enorme insegurança jurídica na adoção desta técnica especial de investigação e, se mal interpretada, pode até resultar na imprestabilidade da captação ambiental como um meio de obtenção de prova. Vejamos, pois, as razões do veto:

A propositura legislativa gera insegurança jurídica, haja vista que, ao mesmo tempo em que admite a instalação de dispositivo de captação ambiental, esvazia o dispositivo ao retirar do seu alcance a ‘casa’, nos termos do inciso XI do art. 5º da Lei Maior. Segundo a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o conceito de ‘casa’ deve ser entendido como qualquer compartimento habitado, até mesmo um aposento que não seja aberto ao público, utilizado para moradia, profissão ou atividades, nos termos do art. 150, §4º, do Código Penal (v.g. HC 82.788, Relator Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 12/04/2005).

Uma vez exposta a problemática criada com a “derrubada” do veto presidencial, passamos à análise do texto legal. Primeiramente, nos parece evidente que o legislador buscou regulamentar a forma de instalação dos equipamentos de captação: a-) por meio de operação policial disfarçada; b-) durante o período noturno.

Por meio de uma análise perfunctória do dispositivo, fica claro que nas duas hipóteses o que se busca é a instalação dos equipamentos de captação sem que o alvo da medida tenha conhecimento. Nesse contexto, a ação policial disfarçada se destaca como um método eficaz, podendo os agentes se passar por funcionários de empresas de telefonia, de internet ou de televisão por assinatura. Outro caminho por nós vislumbrado seria o cumprimento de um mandado de busca domiciliar no local objeto da medida, ocasião em que os policiais poderiam chamar a atenção do investigado para um cômodo enquanto outros agentes instalam os equipamentos de captação. Nesse caso o “disfarce” não envolveria a identidade dos policiais, mas, sim, da pretensão investigativa. As buscas

não passariam de um verdadeiro teatro para distrair o investigado e viabilizar a instalação dos dispositivos pertinentes. Ou seja, o “disfarce” pode ser material ou moral.

Outra opção indicada pelo legislador para a implementação da captação ambiental é a instalação dos equipamentos durante o “período noturno”, o que gerou mais polêmica por conta de uma possível proibição da adoção desta técnica na casa dos alvos da investigação. Com efeito, vislumbram-se pelo menos duas correntes sobre o tema:

1ª) Impossibilidade de instalação do equipamento de captação na casa: para eventuais adeptos desta corrente, ao excetuar a casa, o legislador criou uma inviolabilidade domiciliar para esta técnica de investigação, assegurando, conseqüentemente, a intimidade e vida privada dos moradores;

2ª) Os equipamentos de captação só podem ser instalados na casa durante o dia: esse entendimento nos parece mais adequado e consentâneo com uma interpretação literal, gramatical e teleológica do dispositivo. Isso porque ao excepcionar a casa o legislador o fez logo depois de se referir ao “período noturno”, delimitando, destarte, o alcance da norma a esta forma de instalação. Demais disso, o texto legal menciona o artigo 5º, inciso XI, da Constituição da República, que prevê a inviolabilidade domiciliar como um dos aspectos de proteção da intimidade e vida privada. Entretanto, o próprio legislador constituinte excepciona esta regra nas hipóteses de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, ainda, durante o dia, por determinação judicial.

Com efeito, em havendo decisão judicial, é possível a instalação dos equipamentos de escuta na casa, mas somente durante o dia, sendo vedada a “exploração de local” no período noturno. Em nosso sentir, com base na previsão constante no artigo 22, §1º, inciso III, da nova Lei de Abuso de Autoridade, a diligência poderia se desenvolver a partir das 5 hrs até às 21 hrs.

Nesse ponto, vale destacar que este regramento não inviabiliza a operacionalidade da captação ambiental como meio de obtenção de prova, pois o período noturno é, em regra, o momento em que os moradores estão na casa, o que, logicamente, dificultaria a ação policial, ainda que de forma disfarçada. Assim, o ideal é que a “exploração de local” ocorra mesmo “durante o dia”, ocasião em que o alvo da medida pode estar trabalhando ou até viajando, como é comum nos finais de semana e feriados.

Advertimos, contudo, que em nosso entendimento o conceito de “casa” constante no artigo 8º-A, §2º, da Lei 9.296/96, não deve ser retirado do artigo 150, §4º, do CP. Isto, pois, o conceito trazido pela norma em questão é extremamente amplo, abrangendo não apenas qualquer compartimento habitado (casas, apartamentos, “barracas” etc.) e aposento ocupado de habitação coletiva (hotéis, pousadas etc.), mas também qualquer compartimento não aberto ao público onde se exerça profissão ou atividade (consultório

médico, escritórios etc.). Daí por que refutamos este conceito, sob pena de ocorrer a “perda de uma chance probatória” em alguns casos, como na hipótese de servidores públicos corruptos que concorrem para diversos crimes no interior de repartições e gabinetes.

Nesse cenário, a palavra “casa” deve ser interpretada restritivamente, de modo a conferir uma maior eficácia à captação ambiental, observando-se a previsão do artigo 70, do Código Civil, que estabelece que o domicílio é o local em que a pessoa natural fixa a sua residência com ânimo definitivo. Nestes termos, seria possível a instalação de equipamentos de captação ambiental em escritórios, repartições públicas, consultórios etc., em qualquer horário, inclusive no “período noturno”.

4 – GRAVAÇÕES AMBIENTAIS E LICITUDE PROBATÓRIA

Foi ainda objeto de veto presidencial o § 4º, do artigo 8º. – A, da Lei 9.296/96, nos moldes da Lei 13.964/19, sendo também tal veto derrubado pelo Congresso Nacional, restando a seguinte redação ao citado § 4º.:

§ 4º A captação ambiental feita por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público poderá ser utilizada, em matéria de defesa, quando demonstrada a integridade da gravação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Em suma, o §4º, do artigo 8º-A, prevê que a captação ambiental feita por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público poderá ser utilizada, em matéria de defesa, quando demonstrada a integridade da gravação. Aqui nós identificamos mais uma polêmica que teria sido resolvida com a manutenção do veto presidencial nos seguintes termos:

A propositura legislativa, ao limitar o uso da prova obtida mediante a captação ambiental apenas pela defesa, contraria o interesse público uma vez que uma prova não deve ser considerada lícita ou ilícita unicamente em razão da parte que beneficiará, sob pena de ofensa ao princípio da lealdade, da boa-fé objetiva e da cooperação entre os sujeitos processuais, além de se representar um retrocesso legislativo no combate ao crime. Ademais, o dispositivo vai de encontro à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que admite utilização como prova de infração criminal a captação ambiental feita por um dos interlocutores, sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público, quando demonstrada a integridade da gravação (v.g. Inq-QO 2.116, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão: Min. Ayres Britto, publicado em 29/02/2012, Tribunal Pleno).

Tendo em vista que o veto foi “derrubado” pelos nossos parlamentares, uma vez mais, cabe à doutrina e à jurisprudência conferir uma correta interpretação ao dispositivo, inclusive por meio do reconhecimento da sua inconstitucionalidade.

Primeiramente, deve-se observar que o legislador foi infeliz ao trazer uma previsão que envolve o conceito de “gravação clandestina” em um dispositivo que regulamenta outro meio de obtenção de prova, qual seja, a “captação ambiental”. Não por acaso, o artigo 10-A, da Lei 9.296/96, que criminaliza a “captação ambiental ilegal”, estabelece no seu §1º que “não há crime se a captação é realizada por um dos interlocutores”, referindo-se, a toda evidência, à “gravação ambiental”.

Nesse ponto, vale recordar que na “gravação ambiental” (clandestina), a comunicação objeto da captação se desenvolve diretamente entre presentes em um ambiente específico, público ou privado, sem o intermédio de qualquer meio de comunicação e é registrada diretamente por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro.

Sobre a legalidade da fonte de prova obtida através da gravação clandestina (telefônica ou ambiental), a doutrina de forma pacífica se posiciona pela sua licitude nas hipóteses em que ela serve para comprovar a inocência de uma pessoa investigada/acusada ou quando o responsável pela gravação está sendo vítima de um crime.³¹

Fora dessas situações, há divergência sobre a licitude do procedimento, alegando-se, em linhas gerais, que a gravação sub-reptícia fere o direito à intimidade³². Demais disso, o conteúdo da comunicação sofreria a influência daquele que a registra, sendo perfeitamente possível ludibriar o seu interlocutor, instigando-o a dizer algo de seu interesse, o que, de certa forma, ofenderia o princípio da isonomia e até da boa-fé. Nesse contexto, a gravação clandestina poderia funcionar como uma espécie de flagrante provocado, onde o agente provocador (responsável pela gravação) acaba induzindo seu interlocutor a expor crimes cometidos ou pretensões criminosas.

Em nossa visão, o grande problema das gravações clandestinas, sob o ponto de vista estritamente jurídico, reside no fato de que o procedimento não está regulamentado por lei, o que, de certa forma, gera uma insegurança jurídica e pode dar ensejo a abusos que naturalmente desembocam na violação do direito constitucional à intimidade.

31 STF, Tribunal Pleno, HC 75.388/RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 25.09.1998.

32 Entendendo ilícita a prova obtida através de gravação clandestina: STF, Tribunal Pleno, AP 307/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 13.10.1995.

Não é outra a observação feita por GRINOVER³³:

(...) o legislador perdeu uma boa oportunidade de regulamentar o assunto, que normalmente vem tratado, no direito estrangeiro, juntamente com a disciplina das interceptações. O Projeto Miro Teixeira³⁴ cuidava expressamente dessas hipóteses, considerando lícita a produção da prova obtida mediante gravação clandestina, desde que utilizada para proteção de direito ameaçado ou violado de quem gravou a conversa.

Com efeito, parece-nos que a licitude ou não da prova obtida através desse expediente deve ser analisada casuisticamente, de acordo com o caso concreto. É claro que essa conclusão vai de encontro com o princípio da segurança jurídica, mas não enxergamos outra solução até que se regule a matéria. Nesse sentido, o STJ considerou ilícita a gravação clandestina realizada pela companheira do acusado, com o objetivo de incriminá-lo pelo homicídio da vítima, pessoa com quem ela mantinha uma relação amorosa. Nos termos da ementa da decisão: “tal prova (gravação clandestina) foi colhida com indevida violação de privacidade (art.5º, X, da CF) e não como meio de defesa ou em razão de investida criminosa, razão pela qual deve ser reputada ilícita”.³⁵

Sem embargo dos posicionamentos contrários a utilização da gravação clandestina (ambiental ou telefônica) como meio de obtenção de prova, reiteramos que o tema deve ser discutido de acordo com o caso concreto, à luz do princípio da proporcionalidade. Deve-se, portanto, perquirir se o sacrifício ao direito à intimidade da pessoa gravada de forma sub-reptícia se justifica diante da finalidade da gravação. Em outras palavras, é imprescindível que os bens jurídicos em confronto sejam sopesados, dando-se preferência aquele de maior relevância.

Demais disso, não podemos olvidar que a gravação de uma conversa não se confunde com a sua divulgação. É a divulgação que viola o direito à intimidade e não a gravação, afinal, as informações compartilhadas com a pessoa responsável pelo registro da comunicação ocorrem de maneira espontânea, sem qualquer tipo de coação ou engodo. Sendo assim, havendo justa causa (juízo de proporcionalidade), tais informações podem perfeitamente ser utilizadas como prova. Ora, se uma pessoa pode prestar

³³ Ada Pellegrini GRINOVER, O regime brasileiro das interceptações telefônicas, Revista Brasileira de Ciências Criminais, 17/115.

³⁵ STJ, 5ª Turma, HC 57.961/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 12.11.2007.

testemunho sobre uma conversação da qual ela fez parte, por que uma gravação do mesmo diálogo seria considerada ilícita?!

Nesse diapasão é o escólio de AVOLIO:

O que a lei penal veda, tornando ilícita a prova decorrente, é a divulgação da conversa sigilosa, sem justa causa. A “justa causa” é exatamente a chave para se perquirir a licitude da gravação clandestina. E, dentro das excludentes possíveis, é de se afastar - frise-se - o direito à prova. Os interesses remanescentes devem ser suficientemente relevantes para ensejar o sacrifício da *privacy*. Assim, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade, o próprio direito à intimidade e, sobretudo, o direito de defesa, que se insere entre as garantias fundamentais. Ocorrendo, pois, conflito de valores dessa ordem, a gravação clandestina é de se reputar lícita, tanto no processo criminal como no civil, independentemente do fato de a exceção à regra da inviolabilidade das comunicações haver sido regulamentada.³⁶

No mesmo sentido é a mais recente jurisprudência do STF, adotada no caso envolvendo a prisão cautelar do Senador Delcídio do Amaral:

Embora o art. 5º, LVI, da Constituição desautorize o Estado a utilizar-se de provas obtidas por meio ilícitos, considerados aqueles que resultem de violação às normas de direito penal, a gravação de conversa feita por um dos interlocutores sem o conhecimento dos demais é considerada lícita, para efeitos da aludida vedação constitucional, quando não esteja presente causa legal de sigilo ou de reserva da conversação (...). A Turma asseverou que a conduta por parte do filho do candidato à delação premiada no sentido de gravar reuniões com o senador e demais participantes não revelaria violação à normativa constitucional. Portanto, não macularia os elementos de provas colhidos (...).³⁷

No intuito de reforçar a licitude da prova obtida através da gravação clandestina, podemos, ainda, nos socorrer de uma analogia com o artigo 233, parágrafo único, do Código de Processo Penal, que permite a utilização da comunicação epistolar sem o consentimento do interlocutor nos casos de interesse do destinatário: “As cartas poderão

³⁶ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. op. cit. p. 143.

³⁷ STF, 2ª Turma, AC 4036 Referendo-MC/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, Informativo 809, do STF.

ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário, para a defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário”.

Advirta-se, todavia, que a gravação clandestina de conversa mantida entre policiais e pessoa investigada (interrogatório *sub-reptício*) é considerada ilícita por ferir o princípio constitucional e convencional da não autoincriminação³⁸ (*nemo tenetur se detegere*). É mister destacar, porém, que a referida garantia não se estende a terceiros pessoas eventualmente citadas na gravação.³⁹

Frente ao exposto, podemos concluir o seguinte: a-) gravação telefônica não se confunde com interceptação telefônica e, portanto, não se submete ao rito da Lei 9.296/96 e, conseqüentemente, não depende de autorização judicial; b-) a gravação clandestina (telefônica ou ambiental) é considerada prova lícita, especialmente quando se predestina a fazer prova em inquérito ou em processo a favor do responsável pela gravação⁴⁰; c-) a gravação clandestina será ilícita quando houver causa legal de sigilo ou de reserva de conversação (dever de guardar segredo); d-) a análise da licitude da prova obtida através de gravação clandestina deve ser feita de acordo com o caso concreto à luz do princípio da proporcionalidade.

Fixadas essas premissas, resta evidenciado que a inovação legislativa promovida pelo “Pacote Anticrime” vai de encontro com a doutrina e jurisprudência, limitando a utilização da “gravação clandestina” apenas nos casos em que o registro da comunicação é utilizado em benefício da defesa. Nesse sentido, são valiosas as lições de ALBECHE, se não, vejamos:

Para além dessas aparentes incongruências, a previsão apresenta inconstitucionalidade latente. A uma, porque, se pretende limitar a utilização da gravação ambiental à defesa, constitui-se em ofensa ao princípio da paridade de armas. As provas lícitamente colhidas e produzidas podem ser utilizadas por ambas as partes, enquanto as ilícitas, apenas pela defesa como último recurso a demonstrar sua inocência ou eventual injustiça da decisão.

Contudo, quando coligidas de maneira idônea, as provas podem ser utilizadas tanto pela acusação quanto pela defesa. Se pensarmos esta configuração no âmbito da fase judicial, limitar o resultado da

38 STF, 1ª Turma, HC 80.949, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.12.2001.

39 STF, 1ª Turma, HC69.818/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 27.11.1992.

40 STF, 2ª Turma, RE 402.717/PR, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 02.12.2008.

obtenção da prova à utilização exclusiva como matéria de defesa ofende o princípio da comunhão das provas, segundo o qual as partes produzem as provas que entendem pertinentes, mas, uma vez juntadas ao processo, a todos pertencem. Dessa forma, a ofensa ao princípio da comunhão das provas e a aparente proibição de utilização pela acusação ofende o princípio do devido processo legal.⁴¹

De fato, ao limitar a utilização desse meio de prova em benefício da defesa, a regra viola uma premissa básica da persecução penal: a paridade de armas. Fere, ademais, o interesse público no correto esclarecimento da *notitia criminis*. Ora, a legalidade de uma prova não pode ser avaliada sob o prisma daquele que dela se beneficia. Uma vez obtida legalmente, a prova deve servir à Justiça, seja em prejuízo do réu ou em seu benefício.

Situação completamente distinta é aquela em que a prova é obtida ilegalmente, hipótese em que a maioria da doutrina a admite em benefício da defesa com base no princípio da proporcionalidade. Isto, pois, neste caso prevaleceria o interesse público na correta aplicação da Lei Penal, evitando-se uma injustiça.

Com efeito, por violar os princípios da proporcionalidade, da paridade de armas, da comunhão de provas e, sobretudo, o princípio da supremacia do interesse público, só se pode concluir pela inconstitucionalidade do artigo 8º-A, §4º, da Lei 9.296/96!

Outra alternativa seria conferir ao dispositivo legal a interpretação no sentido de que o objetivo do legislador foi apenas reforçar a validade da “gravação ambiental” pela defesa, mas desde assegurada a integridade do registro. Nesse contexto, a inovação legislativa é absolutamente desnecessária, pois qualquer fonte de prova deve ter a sua cadeia de custódia preservada, nos termos do artigo 158-A, acrescentado ao CPP pelo “Pacote Anticrime”.

Do contrário, se admitirmos que a “gravação ambiental” só poderia ser utilizada pela defesa, uma vítima de concussão ou de extorsão mediante sequestro não poderia se valer dessa prova para demonstrar a investida do criminoso, o que, conforme já salientado, vai de encontro ao entendimento consolidado na doutrina e na jurisprudência.

Outra saída para contornar a inconstitucionalidade e até mesmo a falta de bom – senso da legislação é fazer uma interpretação ampla da palavra “defesa”, ou seja, significando não somente a atuação do investigado, acusado ou seus defensores na

41 ALBECHE, Thiago Solon Gonçalves. *A derrubada dos vetos ao Pacote Anticrime: repercussões na Lei 9.296/96*. Disponível: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/04/22/derrubada-de-vetos-ao-pacote-anticrime-repercussoes-na-lei-9-29696/>. Acesso em 01.07.2021.

persecução penal, mas abrangendo qualquer conduta em que um indivíduo aja em “defesa” de seus direitos ou interesses, como é exatamente o exemplo sempre indicado pela doutrina e jurisprudência daquele que é vítima de um crime e efetua uma gravação para comprovação dessa situação, agindo, pode-se dizer, até mesmo, em “legítima defesa” de bens jurídicos postos em jogo. Parece-nos que a interpretação desse infeliz dispositivo não pode jamais fugir desse norte, sob pena de inconstitucionalidade por insuficiência protetiva e até mesmo da caracterização de uma norma produzida sem o mais mínimo bom – senso.

ANÁLISE JURÍDICA DA ESTABILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO CONCURSADO

LUÍS CHAVES DO VALE: Bacharel em Direito pela Faculdade Serra do Carmo, pós graduando em Direito e processo Administrativo pela UFT. Policial Militar reformado do Estado do Tocantins.

MURILO BRAZ VIEIRA

(orientador)

RESUMO: A estabilidade é o direito de o servidor público, uma vez investido em cargo público por meio de concurso, e transcorrido o período necessário para a aquisição, manter-se no cargo sem que a Administração Pública possa colocar fim à relação por sua livre vontade. Apesar das críticas que sempre recebeu, a estabilidade tem como finalidade assegurar aos agentes administrativos ocupantes de cargos públicos de provimento efetivo, fiéis às obrigações e atribuições, a permanência no serviço que ingressou por meio de concurso público. Assim, o servidor público, a partir do momento da aquisição da estabilidade, não mais poderia ser exonerado (rompimento do vínculo entre o servidor e a Administração Pública sem caráter punitivo), salvo se cometesse alguma falta grave, depois do devido processo administrativo disciplinar ou o trânsito em julgado de sentença judicial, a exemplo da sentença penal condenatória. Nesse enfoque, o tema do estudo em comento está delimitado para a análise os conceitos e os critérios diferenciadores da estabilidade e do estágio probatório pertinentes aos servidores públicos de regime estatutário, para identificar a existência e a repercussão da estabilidade após esse período. No âmbito metodológico, o estudo foi caracterizado pelo método dedutivo, pautado por pesquisa bibliográfica de leis, julgados e doutrinas acerca do tema em comento.

Palavras-chave: Servidor Público. Concurso. Estabilidade.

ABSTRACT: Stability is the right of the public servant, once invested in public office through a tender, and after the necessary period for the acquisition has elapsed, remain in the position without the Public Administration being able to put an end to the relationship of its own free will. Despite the criticisms it has always received, stability aims to ensure that administrative agents occupying public positions of effective supply, faithful to the obligations and attributions, the permanence in the service that he / she entered through a contest public. Thus, the civil servant, from the moment of the acquisition of stability,

could no longer be exonerated (breach of the bond between the civil servant and the Public Administration without a punitive character), unless he committed any serious offense, after due disciplinary administrative process or the final judgment of a judicial sentence, as in the case of a condemnatory criminal sentence. In this approach, the subject of the study under review is delimited for analysis the concepts and differentiating criteria of stability and probationary stage relevant to public servants under statutory regime, to identify the existence and repercussion of stability after this period. In the methodological scope, the study was characterized by the deductive method, guided by a bibliographic search of laws, judgments and doctrines about the subject in question.

Keywords: Civil Servants. Competition. Stability.

1 INTRODUÇÃO

A estabilidade é o direito de o servidor público, uma vez investido em cargo público por meio de concurso, e transcorrido o período necessário para a aquisição, manter-se no cargo sem que a Administração Pública possa colocar fim à relação por sua livre vontade. Nesse contexto, mesmo que haja questionamentos acerca do instituto, conforme se verá no presente estudo, a estabilidade tem como finalidade assegurar aos agentes administrativos ocupantes de cargos públicos de provimento efetivo fiéis às obrigações e atribuições, a permanência no serviço que ingressou por meio de concurso público.

No texto original da Constituição Federal de 1988, a estabilidade foi conferida “aos servidores nomeados em virtude de concurso público” depois de “dois anos de efetivo exercício”. Assim, o servidor público, a partir do momento da aquisição da estabilidade, não mais poderia ser exonerado (rompimento do vínculo entre o servidor e a Administração Pública sem caráter punitivo), salvo se cometesse alguma falta grave, depois do devido processo administrativo disciplinar ou o trânsito em julgado de sentença judicial, a exemplo da sentença penal condenatória.

Com o advento da EC n.º 19 de 1998, o artigo 41, da CRFB de 1988, recebeu nova redação. A estabilidade passou a ser conferida depois de três (3) anos e não mais de dois (2), como antes. Na seara infraconstitucional, a Lei n.º 8.112 de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, expressa em seu artigo 20 que: “ao entrar em exercício, o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo ficará sujeito a estágio probatório por período de 24 (vinte e quatro) meses”. Durante esse período, “sua aptidão e capacidade serão objeto de avaliação para o desempenho do cargo”.

Numa breve análise dos textos do artigo 41, da CRFB de 1988 e do artigo 20, da Lei n.º 8.112 de 1990, infere-se que o período necessário para a aquisição da estabilidade é de três (3) anos e o prazo destinado ao estágio probatório é de dois (2) anos.

Enquanto os prazos permaneceram iguais para ambas as situações, não havia problemas; porém, com a mudança trazida pela EC n.º 19 de 1998, ao artigo 41, da CRFB de 1988, logo surgiram muitas interpretações, com efeitos práticos diferentes.

Nesse contexto, indaga-se acerca da seguinte questão: Quais aspectos jurídicos são relacionados à estabilidade do servidor público estável?

As variáveis essenciais para a elucidação desta pesquisa científica passam, necessariamente, pelo crivo do artigo 41, da CRFB de 1988, em sua versão original e derivada; e do artigo 20, da Lei n.º 8.112 de 1990. Enfatizam-se, especialmente, as interpretações do STJ e do STF, enquanto estabilidade e estágio probatório dos servidores públicos ingressantes por meio de concurso público. Deste modo, é inarredável não se desconstituir o conceito conexo antes da EC n.º 19 de 1998 e de sua vigência.

Aqui está o cerne desta pesquisa científica, que tem como objetivo geral analisar os conceitos e os critérios diferenciadores da estabilidade e do estágio probatório pertinentes aos servidores públicos de regime estatutário, para identificar a existência e a repercussão da estabilidade no estágio probatório.

Em termos gerais, até pouco tempo, a jurisprudência brasileira interpretava que o prazo para aquisição de estabilidade no serviço público era diferente daquele do estágio probatório. Porém, essa tese não mais persiste entre os julgadores e aplicadores do direito, eis que substituída pelo entendimento de que os institutos jurídicos da estabilidade e do estágio probatório são distintos, mas interligados, não sendo possível, com efeito, conceber prazos diferenciados.

O estudo, para alcançar ao proposto, é caracterizado pelo método dedutivo, pautado por pesquisa bibliográfica de leis, julgados e doutrinas acerca do tema em tela. As pesquisas ocorreram tendo os seguintes descritores: Servidor Público; Concurso; Estabilidade.

2 DA ESTABILIDADE

A palavra “estabilidade” deriva do termo latino *stabilitas* ou *stabilitate* com o significado de constância, firmeza, segurança, permanência e solidez (MARTINS, 2017, p. 395).

Por sua vez, Silva (2010, p. 675) define “cargo de provimento efetivo” como aquele que, nos termos da lei: “deve ser preenchido em caráter definitivo, referindo-se essa característica à titularidade do cargo, para indicar que a pessoa nele investido será como seu titular definitivo, em princípio, pois isso não impede remoção ou transferência”.

Prosegue, explanando que ao cargo de provimento efetivo opõe-se o “cargo de provimento em comissão”, que: “será ocupado em caráter transitório, querendo isso dizer que seu ocupante não é o seu titular definitivo, mas nele permanecerá apenas enquanto bem servir ou enquanto merecer a confiança da autoridade (daí, cargo de confiança) que o indicou ou nomeou” (SILVA, 2015, p. 675).

Com efeito, depois de transpostas as exigências legais, o titular do cargo de provimento efetivo adquire estabilidade, podendo ser demitido da entidade pública em situações especialíssimas, tais como: a) Em virtude de sentença transitada em julgado; b) Por meio de processo administrativo em que lhe seja assegurado ampla defesa; c) Através de procedimento de avaliação periódica de desempenho, assegurado ampla defesa (artigo 41, § 1º, da CRFB de 1988); e d) Para a redução de despesas com pessoal (artigo 169, § 4º, da CRFB de 1988).

No caso de servidores gerais (não estatutários), continuam sob a égide desse regime celetista. Como decorrência, mesmo que a estabilidade desses servidores decorra da CRFB de 1988, artigo 19, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), de 5 de outubro de 1988: “o despedimento é o regulado pela legislação trabalhista”, sendo que: “para esse desligamento não cabe falar em processos que tramitariam no âmbito da Administração Pública ou da Justiça comum, mas em processo com curso na Justiça do Trabalho” (GASPARINI, 2012, p. 196).

A estabilidade diz respeito à permanência no serviço público, não se confundindo com a efetividade, que é inerente ao cargo. A estabilidade, embora seja um plus em relação à efetividade, pois somente são estáveis os servidores nomeados por concurso público, dela se desvincula, em caráter excepcional, quando a CRFB de 1988, no artigo 19, do ADCT, de 5 de outubro de 1988, dispõe que: “os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no artigo 37, da Constituição Federal de 1988, são considerados estáveis no serviço público”. Essa estabilidade não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, nem aos professores de nível

superior, nos termos da lei (artigo 19, §§ 2º e 3º, do ADCT de 1988) (CARVALHO, 2017, p. 311).

O Direito do Trabalho Brasileiro, no que diz respeito à continuidade da relação de emprego e da inserção do trabalhador na empresa, sempre buscou mecanismos que valorizassem a permanência do vínculo empregatício e a inserção do obreiro no mercado de trabalho.

As situações estabilitárias previstas, em regra jurídica heterônoma estatal, são relativamente restritas no Direito do Trabalho Brasileiro. Com o advento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), instituído pela Lei n.º 5.107, de 13 de setembro de 1966, hoje regido pela Lei n.º 8.036, de 11 de maio de 1990, tendo a figura da estabilidade sofrido significativa retração, sendo que praticamente desapareceu do mercado privado depois da CRFB de 1988.

Delgado (2017, p. 1244), ao analisar o tema, constata que nesse contexto de enfraquecimento do instituto da estabilidade, restaram apenas três (3) importantes exemplos estabilitários no Brasil: a) Dos antigos contratos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), numa fase pré-CRFB de 1988; b) Dos contratos de servidor público celetista com cinco (5) anos no emprego ao tempo da CRFB de 1988, ou seja, desde 5 de outubro de 1983, situação criada pelo artigo 19, o ADCT da CRFB de 1988; c) Da estabilidade do servidor público concursado, adquirida nos moldes do artigo 41, também da CRFB de 1988. Essas vantagens constitucionais favorecem o servidor sob regime administrativo.

Dada sua importância para o esclarecimento da matéria em análise, e com supedâneo da doutrina de Delgado (2017, p. 1.245 e seguintes), passar-se-á, nas próximas partes desta investigação, ao exame das quatro (4) situações de estabilidade aplicadas no Brasil.

2.2 ESTABILIDADE DO ARTIGO 19, DO ADCT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A CRFB de 1988, embora tenha extinguido a tradicional estabilidade da CLT, criou regras específicas de estabilidade, apenas favorecendo os servidores públicos; porém, duas delas interessam ao direito do trabalho: a do artigo 19, do ADCT, da CRFB de 1988, e a do artigo 41, do texto principal da CRFB de 1988.

Na previsão do artigo 19, do ADCT, da CRFB de 1988, textualmente:

Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das

fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público. § 1º O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei. § 2º O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do caput deste artigo, exceto se se tratar de servidor. § 3º O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, nos termos da lei.

A estabilidade disposta no artigo 19 do ADCT atingiu os servidores públicos civis, em exercício, na data da promulgação da CRFB de 1988, desde que eles não tivessem sido admitidos por meio de concurso público e já estivessem há pelo menos cinco (5) anos de pleno exercício. No que diz respeito aos servidores concursados, estes já seriam estáveis na data da CRFB de 1988, obviamente, a teor do artigo 41, da CRFB de 1988, que na época previa prazo menor, de dois (2) anos, além da própria ordem constitucional precedente, que lhes era favorável.

Verifica-se, com efeito, a amplitude do referido preceito constitucional, e do ponto de vista constitucional, não parece coerente levantar dúvida sobre a regra genérica e indiferenciada insculpida nesse dispositivo da CRFB de 1988. Como decorrência, os servidores civis vinculados, por meio da CLT, desde 5 de outubro de 1983, à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com suas respectivas administrações diretas, autárquicas e fundacionais, mesmo não tendo sido admitidos mediante aprovação em concurso público, são, inquestionavelmente, “considerados estáveis no serviço público” (artigo 19, do ADCT, da CRFB de 1988).

2.3 ESTABILIDADE DO ARTIGO 41, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A terceira situação de estabilidade versa sobre a estabilidade do servidor público civil, regulada pelo atual artigo 41, da CRFB de 1988, o qual estabelece a estabilidade após 3 (três) anos. O texto original da CRFB de 1988 referia-se à estabilidade, depois de dois (2) anos de efetivo exercício, dos servidores nomeados em virtude de concurso público. A EC n.º 19, de 1998, por sua vez, determinou serem “estáveis depois de 3 (três) anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de

concurso público”. Há certa dissensão no tocante à incidência desse preceito sobre trabalhadores admitidos por entidades estatais por meio da regular via do concurso público.

Voltando ao tema que trata da repercussão da estabilidade no estágio probatório dos servidores públicos estatutários federais, verifica-se que o artigo 41 da CRFB de 1988, com a redação que lhe atribuiu a EC n.º 19 de 1998, prevê, em defesa do servidor estatutário e no interesse público, que são estáveis, depois de três (3) anos de efetivo exercício, os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em razão de concurso público.

O referido período de três (3) anos é denominado “estágio probatório”. É nesses termos que está constitucionalmente instituída e regulada a estabilidade, definida por Gasparini (2013, p. 189) como: “a garantia constitucional de permanência no serviço público, do servidor estatutário nomeado, em razão de concurso público, para titularizar cargo de provimento efetivo, após o transcurso do estágio probatório”.

Após longa discussão, a jurisprudência tem se afirmado pelo não cabimento dessa estabilidade constitucional para os empregados de entidades estatais que não sejam integrantes da Administração Direta, Autárquica e Fundacional. Dito de outro modo, a proteção do artigo 41, da CRFB de 1988, não abrange empregados de empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades controladas pelo Estado, que se organizam em conformidade com os modelos sociojurídicos privatísticos; a negativa prevaleceria, ainda que a admissão de tais trabalhadores tenha se feito por meio do límpido canal do concurso público.

Já no que diz respeito aos servidores da Administração direta, autárquica e fundacional (efetivos, servidores públicos) admitidos depois da avaliação em concurso público, segundo Delgado (2017, p. 1.248 e seguintes) prepondera a linha interpretativa de que se encontram, sim, abrangidos pela regra protetiva do artigo 41, da CRFB de 1988. Este entendimento apresenta como fundamento vários aspectos combinados:

- a) De um lado, na “essencialidade da forma” (concurso público) para os atos admissionais praticados pelo Estado; b) De outro lado, e por via transversa, a não extensão da estabilidade aos empregados públicos concursados traduz inquestionável frustração aos objetivos de impessoalidade, moralidade, transparência e democratização assegurados pelo caminho do concurso público.

Note-se que a “essencialidade da forma” trata de admissão submetida aos rigores do concurso público. Como no caso em exame, não pode a ruptura do vínculo fazer-se nos mesmos moldes singelos que se aplicam às relações jurídicas meramente discricionais, que o Estado brasileiro ainda mantém quase que generalizadamente. Desse modo, não se pode equiparar a situação do servidor concursado, sob regime administrativo ou celetista, com a dos ocupantes dos chamados cargos de comissão, que sejam recrutados amplamente (artigo 37, inciso V, da CRFB de 1988).

Do mesmo modo, é incabível comparar-se a situação do servidor administrativo ou celetista concursado, com aquele que mantém com o Estado relação jurídica de contornos imprecisos, flácidos e discricionais, como os ocupantes de função pública (artigo 37, inciso I, da CRFB de 1988), também recrutados sem concurso público. A “não extensão da estabilidade” tem interpretação ofertada pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), por meio da Orientação Jurisprudencial (OJ) n.º 22, da Seção II Especializada em Dissídios Individuais (SDI-II) e da OJ, n.º 265 da Seção I – Especializada em Dissídios Individuais (SDI-I), ambas convertidas na Súmula 390-I do TST, substituída pela Súmula 390-II do TST.

Apesar da força que os teóricos da “essencialidade da forma” interpretavam, alguns doutrinadores defendem a mudança nas regras disciplinadoras da Administração Pública pela EC n.º 19 de 1998, sob o argumento de que teria comprometido a extensão dessa estabilidade aos empregados públicos concursados.

Silva apregoa que: “[...] antes aplicava-se a qualquer servidor nomeado em virtude de concurso público: para cargo ou emprego, nos termos do artigo 37”. Leciona, porém, que: “[...] só se aplica a servidor nomeado em virtude de concurso para cargo de provimento efetivo. Adquiria-se a estabilidade, antes, após dois anos de efetivo exercício; agora, após três anos” (SILVA, 2015, p. 680). De qualquer forma, se a estabilidade prevista no artigo 41 da CRFB de 1988, acabou significativamente atenuada pela EC n.º 19 de 1988, tem-se que:

- a) O servidor público estável poderá perder o cargo: “em virtude de sentença judicial transitada em julgado”, conforme dispõe o artigo 41, parágrafo 1º, inciso I, da CRFB de 1988;
- b) O servidor público estável poderá também perder o cargo: “mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa”, de acordo com o artigo 41, parágrafo 1º, inciso II, da CRFB de 1988;
- c) O servidor público estável poderá ainda perder o cargo, caso não obtenha avaliação satisfatória durante a “avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada **ampla defesa**”,

coadunado com o disposto no artigo 41, parágrafo 1º, inciso III, da CRFB de 1988).

Não se olvidando que a CRFB de 1988, na parte em que foi alterada, dispõe que: “como condição para a aquisição da estabilidade é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade” (artigo 41, parágrafo 4º, da CRFB de 1988).

Nesta linha, o Enunciado de Súmula n.º 355 do TST, em sua ementa, estabelece que:

[...] Estabilidade concedida por norma interna [...]. Necessidade de aprovação pelo Ministério ao qual a empresa pública se subordina”. Vê-se que a garantia da estabilidade não é atributo do cargo, mas do servidor estatutário. Também: “é processada automaticamente, não necessitando de qualquer pedido do estabilizando ou de manifestação da entidade a que se liga o servidor por ela beneficiado, não obstante se exija o estágio probatório.

Desse modo, apenas se tem como estabilizado o servidor estatutário que, simultaneamente, satisfizer os seguintes requisitos, enumerados por Gasparini (2013, p. 190):

1) Nomeação em razão de concurso público; 2) Titularizar cargo de provimento efetivo; 3) Três (3) anos de efetivo exercício no cargo; 4) Avaliação especial por comissão instituída para essa finalidade (artigo 41, parágrafo 4º, da CRFB de 1988), concedendo-se ao avaliando amplo direito de defesa, mesmo que não exista menção expressa a tal garantia na CRFB de 1988.

Levando em conta para interpretação os requisitos legais, fica claro, segundo Gasparini (2013, p. 190) que: “Os nomeados para ocupar cargos de provimento em comissão, ainda que considerados servidores estatutários, jamais adquirirão a estabilidade. Quanto a isto não há dúvidas e a impossibilidade é absoluta”.

Em suma, a estabilidade é o direito de o servidor público investido em cargo público por meio de concurso, depois de transcorrido o período necessário para a aquisição (3 anos), poder manter-se no cargo sem que a Administração Pública possa pôr fim à relação por sua livre vontade. Deste modo, a estabilidade trata-se de um instituto

jurídico, cuja finalidade é a de assegurar aos servidores ocupantes de cargos públicos de provimento efetivo, fiéis às obrigações e atribuições, a permanência no serviço, já que ingressou por meio de concurso público e preencheu todos os requisitos legais.

3 ESTABILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO

O servidor público estabilizado, por preencher as três (3) condições constitucionais para a aquisição dessa situação funcional - concurso público, nomeação efetiva e estágio probatório - não pode mais ser exonerado por conveniência da Administração Pública, nem demitido sem se apurar a infração em processo administrativo ou judicial, que sirva de base à aplicação da pena demissória (parágrafo 1º, do artigo 41 da CRFB de 1988).

Ressalta-se, mais uma vez, que demissão e exoneração constituem institutos diversos no Direito Administrativo, uma vez que a demissão é dispensa a título de penalidade funcional e a exoneração é dispensa a pedido, por motivo em lei ou por conveniência da Administração Pública (ad nutum), nos casos em que o servidor público pode ser dispensado. O que vem acontecendo, o que é lamentável, trata-se da confusão que fazem os administradores e o próprio Poder Judiciário entre demissão e exoneração, ambos considerando, erroneamente, que no estágio probatório não cabe demissão sumária do servidor (MEIRELLES, 2014).

A CRFB de 1988 garante, ainda, ao servidor estável, o direito de se reintegrar no mesmo cargo quando a demissão é invalidada por sentença judicial, e o eventual ocupante da vaga será reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade (artigo 41, parágrafo 2º, da CRFB de 1988). Nesse caso, é fácil verificar que: "a estabilidade do servidor nomeado para ocupar o lugar do demitido não mais depende da decisão judicial favorável à Administração Pública". De fato, transcorrido o prazo do estágio probatório, mesmo na pendência de ação anulatória da demissão, o servidor será estável para todos os efeitos (MEIRELLES, 2015, p. 387).

Com as mudanças trazidas pelo Constituinte derivado, ao artigo 41, da CRFB de 1988, não se sabe mais ao certo se permanece o referido prazo de dois (2) anos, como consta no artigo 20, caput, da Lei n.º 8.112 de 1990: "ao entrar em exercício, o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo ficará sujeito a estágio probatório por período de vinte e quatro meses, durante o qual a sua aptidão e capacidade serão objeto de avaliação para o desempenho do cargo", ou se esse tempo é ampliado para três (3) anos, como consta no novo caput do artigo 41, da CRFB de 1988: "são estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude

de concurso público”; e e) A CRFB de 1988 atualizada, tentou manter a tradição brasileira de conferir estabilidade a servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da Administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco (5) anos continuados, e que não tenham sido admitidos por concurso público (art. 19, do ADCT de 1988).

Portanto, da interpretação do artigo 41 da CRFB de 1988, atualizado pelo Constituinte derivado, por meio da EC n.º 19, de 1998; do artigo 19 do ADCT e do artigo 20 da Lei n.º 8.112 de 1990, constata-se a existência de duas (2) classes de servidores que podem ser considerados estáveis no serviço público: aqueles nomeados por concurso público, que atenderam aos requisitos prévios, inclusive o período de estágio probatório, e os que adquiriram a estabilidade por estarem em exercício, na data da promulgação da CRFB de 1988.

O estágio probatório, ou “estágio de confirmação”, na definição de Meirelles (2015, p. 383-384): “é o período de exercício do funcionário durante o qual é observado e apurada pela Administração Pública a conveniência ou não de sua permanência no serviço público”, através da verificação dos requisitos legalmente estabelecidos à aquisição da estabilidade, tais como: aptidão, assiduidade, dedicação ao serviço, disciplina, eficiência, idoneidade moral, dentre outros. Prossegue pontuando que: “para esse estágio só se conta o tempo de nomeação efetiva na mesma Administração Pública, não sendo computável o tempo de serviço prestado em outra entidade estatal, nem o período de exercício de função pública a título provisório (MEIRELLES, 2014, p. 383-384).

Nas palavras de Modesto (2012, p. 1), é denominado, tradicionalmente, de estágio probatório: “o período de avaliação, adaptação e treinamento em efetivo exercício a que estão submetidos os que ingressam em cargos públicos em virtude de aprovação em concurso público”. Durante o estágio probatório, o agente “não é um interino, um ocupante transitório do cargo, ou um agente instável, temporário, investido em cargo de confiança, dispensável ao arbítrio da Administração Pública, mas o titular de um plexo de atribuições e deveres públicos” (MODESTO, 2015, p. 1).

Durante o estágio probatório, a Administração Pública: “avalia a conveniência da confirmação efetiva do servidor concursado no funcionalismo público, aferindo requisitos objetivos que demonstrem sua idoneidade moral, sua eficiência, aptidão, assiduidade, moralidade, etc.” (MORAES, 2013, p. 359). Porém, mesmo durante o estágio probatório, o

agente público concursado não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades procedimentais legais de apuração de sua capacidade.

A "precariedade" da condição de estagiário diz respeito tão somente à plena integração no cargo isolado ou de carreira (efetivação), já que essa integração depende da confirmação ao final do prazo do estágio probatório. No entanto: "a investidura do agente em cargo de provimento efetivo ou vitalício, completada com a posse, preenche o cargo, provê o cargo, que deixa de estar vago" (MODESTO, 2015, p. 3).

Em suma, segundo Modesto (2012), o estágio probatório é o período de experiência do agente público, sempre supervisionado pela Administração Pública, com o fito de permitir a verificação da adequação efetiva do servidor com sua função. Nesse lapso temporal, a Administração Pública busca avaliar a retidão moral, a aptidão para a função, a disciplina, a responsabilidade, a assiduidade, a dedicação e a eficiência dos agentes empossados e em exercício, mediante observações e inspeções regulares. Além disso, a Administração Pública deve: "velar pelo treinamento e adaptação dos novos integrantes da organização pública, selecionados a partir de concurso público" (MODESTO, 2015, p. 2).

Desse modo, mesmo se tratando de institutos diversos, a finalidade institucional e constitucional dos dois deve ser compreendida como garantia e segurança dos cidadãos e do próprio interesse público. Seguindo-se esse raciocínio, a compreensão exegética impõe a análise conjunta do estágio probatório com a estabilidade, embora se tratem de institutos jurídicos distintos. Na verificação de Paulo e Alexandrino (2018, p. 367), antes da EC n.º 19 de 1998, o tempo exigido de efetivo exercício do cargo era de dois (2) anos, e não existia a exigência da avaliação especial. Atualmente, contudo, o prazo passa a ser de três (3) anos, e se um desses requisitos não estiver presente, não há possibilidade de o servidor adquirir estabilidade.

Carvalho (2017, p. 311) também concorda com a ampliação do estágio probatório para três (3) anos, ao afirmar que são requisitos para a aquisição da estabilidade: a nomeação para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público; o efetivo exercício por três (3) anos do estágio probatório e a avaliação especial e obrigatória de desempenho por comissão instituída para essa finalidade. Na opinião de Silva (2010, p. 676), não é suficiente nomear um servidor público em virtude de concurso. Nas suas palavras:

É necessário que o servidor esteja no exercício no cargo para o qual fora nomeado, por mais de três anos, apenas um dia a mais, sem interrupção. A investidura em cargo público é um procedimento

administrativo complexo, que envolve várias operações sucessivas: realização de concurso, aprovação neste, nomeação na ordem de classificação, posse e entrada em exercício. Desta última é que começa a fluir o tempo de três anos para a aquisição da estabilidade. Esse período de três anos é definido nos estatutos dos servidores públicos como de estágio probatório [ou estágio confirmatório], durante o qual a administração apura a conveniência de sua confirmação no serviço, mediante a aferição dos requisitos de assiduidade, aptidão, eficiência, idoneidade moral, etc.

Ao tratar do tema, Di Pietro (2010) assevera que a estabilidade no caso de servidor nomeado por concurso somente se adquire depois de três (3) anos, explicando que: “o período compreendido entre o início do exercício e a aquisição da estabilidade é denominado de „estágio probatório e tem por finalidade apurar se o funcionário apresenta condições para o exercício do cargo, referentes à moralidade, assiduidade, disciplina e eficiência” (DI PIETRO, 2010, p. 460). Conforme Granjeiro (2015, p. 228): “o estágio probatório terá a duração de trinta e seis meses e somente decorrido esse período o servidor, se habilitado, será confirmado no cargo”, sendo que “servidor em estágio probatório deve ser acompanhado, orientado e avaliado, periodicamente, em suas atribuições pela chefia imediata”.

A estabilidade do artigo 41 foi, sem dúvida, atenuada pela EC n. 19 de 1998, com efeitos a contar de 5 de junho de 1998. Nesse quadro, o servidor público estável poderá perder o cargo não mais apenas “em virtude de sentença judicial transitada em julgado” (art. 41, § 1º, inciso I, da CRFB de 1988), ou “mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa” (art. 41, § 1º, inciso II, da CRFB de 1988). Também o perderá “mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa” (art. 41, § 1º, inciso II, da CRFB de 1988). Na mesma linha, estipula a CRFB de 1988 reformada ser “condição para a aquisição da estabilidade” a obrigatória “avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade” (art. 41, § 4º, da CRFB de 1988) (DELGADO, 2016, p. 1249).

Mais adiante, reafirma que: “o estágio probatório é tratado no artigo 20, da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e continua sendo de dois anos” e explica:

Alguns doutrinadores confundem a estabilidade tratada no artigo 41, da Constituição Federal de 1988, com o instituto do estágio probatório tratado no artigo 20, da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro

de 1990. No entanto, a nova redação do caput do artigo 41, da Constituição Federal de 1988, alterando o prazo para a aquisição da estabilidade “no serviço público”, apenas revogou artigo 21, /da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que fixava a estabilidade no “serviço público” em dois anos. Não alterou em nada o prazo do estágio probatório tratado no artigo 20, da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que continua sendo de dois anos (BARROS, 2017, p. 3).

A citada jurista mantém sua posição original, contrariando grande parte da doutrina e também a interpretação do CNJ, analisando e ponderando que não é possível “aceitar que os institutos jurídicos da estabilidade e do estágio probatório têm natureza jurídica idênticas e conceitos iguais, posto que só ao legislador compete determinar ou alterar a conceituação de cada instituto jurídico” (BARROS, 2017, p. 1).

Argumenta, ainda, que os fundamentos trazidos pelo CNJ são anteriores à EC n.º 19 de 1998, quando o prazo do estágio probatório e para a estabilidade era “coincidentemente” o mesmo, de dois (2) anos, daí a interpretação dada pelo acórdão do Recurso Especial n.º 170.665, publicado no Diário da Justiça de 27 de junho de 2017, p. 30246, de que ao estágio probatório e à estabilidade se aplicava o mesmo prazo trazido no artigo 41, da CRFB de 1988, ou seja, de dois (2) anos, à luz de sua antiga redação. Lembra que atualmente a questão jurídica é outra (BARROS, 2017, p. 2).

Seguindo esse pensar, o prazo de aquisição de estabilidade no serviço público não está vinculado ao prazo do estágio probatório, o qual serve apenas para avaliar a aptidão do servidor para o exercício de determinado cargo, não se relacionando à estabilidade. Ademais: “não houve alteração ou revogação expressa do dispositivo estatutário (artigo 20) pela Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998, ou por qualquer outra lei ou medida provisória posterior” (BARROS, 2017, p. 3). Assim, fixando-se as diferenças entre os conceitos de estabilidade e estágio probatório, que buscam diagnósticos distintos e apresentam efeitos diversos: “não haveria como pretender a extensão do prazo do estágio probatório para que ele viesse a coincidir com a duração do prazo para a aquisição da estabilidade” (Barbosa apud BARROS, 2017, p. 4).

Além disso, para atender à regra do parágrafo 1º, do artigo 20, da Lei n. 8.112 de 1990³¹, as entidades públicas têm regulamentado o estágio probatório³², dispondo, inclusive, sobre quem realizará as avaliações dos servidores em estágio probatório, indicando que o estágio probatório acontece em período diferente daquele disposto

constitucionalmente para a estabilidade, já que: “em relação à aquisição da estabilidade a avaliação não será realizada por autoridade competente indicada em lei ou regulamento” (BARROS, 2016, p. 7-8), pois: “como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade” (§ 4º do art. 41, da CRFB de 1988).

Na análise crítica de Barros (2017, p. 8) sobre esse assunto:

Ora, como se fará uma avaliação “especial” por comissão instituída com essa finalidade, no mesmo prazo do estágio probatório? A comissão que não tem conhecimento direto sobre as atividades exercidas pelo servidor terá condição de avaliar a sua aptidão para o cargo? Por óbvio que se a estabilidade se dá com o decurso do tempo, e se o estágio probatório tivesse o seu prazo alterado para três anos, ao final deste prazo, independente de avaliação ou não o servidor alcançará a estabilidade, conforme era previsto nos artigos 21 e 22, da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e na antiga redação do artigo 41, da Constituição Federal de 1988, que dispunha que a estabilidade era alcançada pelo simples decurso do prazo de dois anos, contados do início do efetivo exercício no cargo público. Esta peculiaridade entre a identidade de prazos da estabilidade e do estágio probatório é que veio a ser corrigida pelo legislador constituinte derivado através da Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998.

Ademais, ainda seguindo essa linha interpretativa de que os prazos para aquisição de estabilidade dos servidores públicos estatutários federais não são os mesmos dos estágios probatórios, seus defensores argumentam que o Constituinte derivado, por meio da EC n.º 19 de 1998, em nenhum momento de seu texto tratou do estágio probatório, restringindo-se a versar apenas sobre a estabilidade no serviço público, inferindo-se que não existem fundamentos suficientes para sustentar a tese que pretende defender a incidência da mudança trazida pela EC n.º 19 de 1998 sobre o prazo do estágio probatório previsto na norma infraconstitucional do artigo 20, da Lei n.º 8.112 de 1990.

Oportunas as palavras de Diniz (2016, p. 1) sobre essa discussão: “parece não ter fim a divergência” sobre: “o período a que se submete o servidor público abrangido pela Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, à comprovação de sua aptidão ao cargo que ingressou por meio de concurso público”, lembrando que: “tudo começou com a Emenda

Constitucional de n.º 19, de 4 de junho de 1998 quando alterou o período da estabilidade de dois para três anos” no texto do já citado artigo 41, da CRFB de 1988, fazendo surgir o entendimento de que o período do estágio probatório de dois (2) anos, previsto na Lei n.º 8.112 de 1990 teria sido tacitamente revogado pelo Constituinte derivado. Afirma que: “a dessemelhança entre os institutos é tal que a estabilidade pode ser adquirida sem ter havido sequer a conclusão de qualquer estágio probatório por parte do servidor público”.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sede de conclusão, verifica-se que o tema estabilidade do servidor público é, de certo modo, controverso, em especial no que se refere à divergência entre doutrina e jurisprudência, ainda está longe do fim. Parte da doutrina e da jurisprudência entende que na forma atual do artigo 41 da CRFB de 1988, o estágio probatório do servidor público concursado passou automaticamente de vinte e quatro (24) para trinta e seis (36) meses, enquanto a outra parte defende a tese de que a aquisição da estabilidade do artigo 41, da CRFB de 1988 e o estágio probatório do artigo 20, da Lei n.º 8.112 de 1990, são institutos absolutamente diversos.

A EC n.º 19 de 1998 trouxe consigo muitas dúvidas, dentre elas a questão da repercussão da estabilidade dos servidores públicos estatutários federais no estágio probatório. Destaca-se que, enquanto o prazo para a aquisição da estabilidade e o tempo destinado ao estágio probatório era comum de dois (2) anos, não havia nenhuma discussão sobre a matéria. Porém, a partir do momento que o Constituinte derivado resolveu aumentar de dois (2) para três (3) anos o prazo para aquisição da estabilidade pelo servidor efetivo, trouxe dúvidas e provocou discussões sobre a repercussão desse novo prazo ao instituto do estágio probatório.

Conclui-se, portanto, que, embora o tema permaneça controvertido, porém, seja qual for a tese que venha a prevalecer, o fato é que, nos dias de hoje, os Tribunais brasileiros vêm decidindo no sentido de que o prazo do estágio probatório dos servidores públicos é de trinta e seis (36) meses, por força do artigo 41, da CRFB de 1988, na redação da EC n.º 19 de 1998. Assim, o período de três (3) anos para a aquisição da estabilidade não pode ser dissociado do prazo de estágio probatório, que também deverá ser de trinta e seis (36) meses.

REFERÊNCIAS

BARROS, Glauce de Oliveira. **Estágio probatório e estabilidade no serviço público**. In: **Associação Nacional dos Servidores da Justiça do trabalho** - ANAJUSTRA, 2017.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Antonio. **Gotas de Inteligência: Fortalecendo o potencial humano**. São Paulo: Livro Pleno, 2017.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional didático**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DINIZ, Jean dos Santos. **Estágio probatório e o Supremo Tribunal Federal**. In: VemConcursos, publicado em 6 de março de 2017.

DINIZ, Paulo de Matos Ferreira. **Tudo sobre a reforma administrativa e as mudanças constitucionais**. In: Coletânea Administrativa Pública, vol 4. Brasília: Brasília Jurídica, 2016.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRANJEIRO, J. Wilson. **Manual de direito administrativo moderno**. 26. ed. Brasília: VESTCON, 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 19. ed., atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2015.

MODESTO, Paulo. **Estágio probatório: questões controversas**. Revista Diálogo Jurídico, n. 12, Salvador/BA: Centro de Atualização Jurídica - CAJ, mar. 2015.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier. **Direito administrativo**. Florianópolis: CAD/UFSC, 2016.

PIMENTEL, Roberto. **Curso de direito constitucional**. Apostila de direito constitucional, v. II. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

AÇÃO DE REVISÃO NO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS E A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO EFEITO SUSPENSIVO

CAROLINE TAVARES DOS REIS:

Advogada, formada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, atuante em Direito do Público e Administrativo e Pós-Graduada em Direito e Processo Administrativo pela Universidade Federal do Tocantins.

RESUMO: Com a definição de regulamentação da atuação dos Tribunais de Contas pelo Supremo Tribunal Federal, nos Recursos Extraordinários 848.826 e 729.744, acerca da efetiva participação meramente opinativa nas prestações de contas, bem como a possibilidade de revisão de matérias, já que a garantia da Ação de Revisão na esfera administrativa tem grande relevância ao possibilitar ao gestor uma análise mais apurada e justa acerca das contas apresentadas, resguardando ao legislativo o julgamento destas. Este trabalho tem como objetivo analisar a atuação dos Tribunais de Contas e a possível reanálise de julgamentos realizados, uma vez que não raro se apresentam condenações e aplicação de multas pelas Cortes de Contas, resguardando, assim, que as ações possam ser revistas e devidamente suspensas até decisão final. A metodologia utilizada foi uma pesquisa bibliográfica acerca dos conceitos e caracterizações pertinentes a tal trabalho, bem como, uma análise documental das jurisprudências e leis expressas em nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chaves: Administração pública. Ação Revisional. Tribunal de Contas. Efeito suspensivo.

ABSTRACT: With the definition of regulation of the Courts of Accounts acting by the Federal Court of Justice, in the Extraordinary Resources 848.826 e 729.744, about the merely opinative effective participation in accountability, as well as the possibility of revision, since the Review Action in the administrative sphere has great relevance in enabling the manager to do a more accurate and fair analysis about the presented auditing, safeguarding to the legislative the judgment of these. This article has the objective of analyzing the actions of the Courts of Accounts and the possible review of performed trials, being not rarely there are convictions and fine applications by the cited Courts, thus safeguarding so the action can be reviewed and properly suspended until the final decision. The methodology used was bibliographical research about the concepts and depctions relevant to the present

paper, along with a documental investigation of the jurisprudence and laws manifested in our legal order.

Keywords: Public administration. Review Action. Tribunal de Contas. Suspensory Effect.

1 INTRODUÇÃO

A manifestação e fiscalização do Estado, sobretudo em relação à administração de recursos públicos, é fundamental para que o arcabouço de qualquer sociedade funcione de forma íntegra.

Nesta seara, para que esse pronunciamento seja mais imparcial e equânime, é imprescindível que existam instrumentos para se corrigir eventuais falhas, inerentes a quaisquer atividades humanas. Isso justifica, por si só, a importância das ações impugnatórias e dos recursos. Com seu emprego é possível o aprimoramento de todo o sistema, haja vista serem produzidos resultados mais justos e condizentes com a realidade.

O presente trabalho pretende, portanto, examinar a Ação de Revisão proposta no âmbito do Tribunal de Contas, e sua possível aplicação com efeitos suspensivos. Isso porque toda e qualquer atuação deste órgão de controle deve sempre se pautar no interesse público e na busca pela verdade material, sendo imperioso que face a alguma ilegalidade ou anormalidade, decisões definitivas sejam suspensas a fim de se evitar maiores gravames.

Para melhor entrosamento do assunto a ser debatido, inicialmente, será explanado um breve comentário sobre os recursos em si. Em seguida, será realizada a análise da Ação de Revisão, seus pressupostos, cabimentos e efeitos na Corte de Contas. No estudo em tela, será debatida a possibilidade de que seja atribuído efeito suspensivo, dentro desta ação específica, na seara administrativa.

2 RECURSO

A etimologia da palavra recurso provém do latim *recursus*⁴² que nos remete a ideia de voltar atrás. Frente a uma decisão que não nos apetece, almeja-se a necessidade de uma nova análise da matéria, na esperança de que exista uma reforma daquele pronunciamento.

Isso porque existe um descontentamento natural de todo e qualquer ser humano perante atos que não estejam em sintonia com seus pensamentos e convicções. Em matéria

⁴² Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/recurso>
Acesso em 28 jul. 2021

jurídica não poderia ser dessemelhante, afinal o direito gere relações sociais. Ante tais inconformismos, nasce esse instituto, que nas palavras de Alvim (2010) seria o “ato que através do qual se pode pedir o reexame da questão decidida”.

Dentre os vários recursos existentes, um se sobrepõe aos demais, ainda mais por poder ser utilizado dentro de uma Corte de Contas, é a chamada Ação de Revisão.

3 AÇÃO DE REVISÃO SOB A PERSPECTIVA DA NORMATIVA JURÍDICA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS

A Ação de Revisão, como o próprio nome sugere, não se limita a ser um recurso dentro do processo em prol do jurisdicionado. Trata-se de uma ação que busca rescindir os atos desencadeados no processo administrativo de fiscalização, ao ponto de substanciar o novo argumento jurídico/contábil dentro do conteúdo previsto nos requisitos para admissibilidade.

Amplitude deve ser aplicada ao seu conceito, pois o que se busca é a desconstituição de um julgado que, pela marcha processual e tempo despendido em sua estruturação, restou amadurecido e imbuído de convicção do Conselheiro Relator da análise. Logo, afeiçoa-se a uma tentativa de correção de um julgado anteriormente proferido, de modo que, para reformá-lo, a fundamentação e exposição de motivos convincentes devem se fazer presentes.

À guisa do processo em âmbito judicial, ao que se assemelha ao propósito do presente artigo, pode-se atrelar mesmo sentido à Ação Rescisória, previsto no Capítulo VII, artigos 966 a 975 do CPC, e à *Querela Nullitatis*, também denominada Ação de Nulidade que tem por fundamento demonstrar a ausência de pressupostos processuais de existência, a exemplo, a discussão de nulidade absoluta da citação, especialmente que o processo correu à revelia.

Os requisitos que nortearão os novos fundamentos apresentados devem ser delineados e impreterivelmente demonstrados. A alegação ineficaz e genérica poderá ser liminarmente indeferida por ato da presidência, nos termos do artigo 63 da Lei nº 1.284/2001- Lei Orgânica do TCE/TO.

A sensibilidade para o manejo de uma Ação de Revisão é outro aspecto e condição inafastável, principalmente pelo impacto que gera na cadeia de eventos dentro do processo administrativo de fiscalização das contas. Balizar as pretensões dentro dos requisitos que dão margem para o seu ingresso, tal como amplitude da ação, tipos de contas que irá recair, análise da preclusão consumativa e possibilidade de fungibilidade da ação de revisão com outra ação diversa que pretenda revisão/reanálise das contas, tornam-se medidas essenciais para aferição da pertinência e tramitação da ação.

Tais requisitos servem de substrato para aferição da possibilidade ou não de aplicação de efeitos suspensivos à Ação de Revisão proposta enquanto tramita no TCE/TO.

De acordo com a Lei nº 1.284/2001, o artigo 61 descreve que a Ação de Revisão será cabível nas ações de prestação ou tomadas de contas não sendo admissível a reiteração do pedido, salvo quando fundada em novas provas, previsão trazida do parágrafo único do referido artigo. O artigo 61 dispõe o seguinte:

Art. 61. Das decisões passadas em julgado em processos de prestação ou tomadas de contas caberá pedido de revisão.

Parágrafo único. Não será admissível a reiteração do pedido, salvo se fundada em novas provas, obedecidos o prazo e as condições fixadas nos artigos subsequentes.

A Ação de Revisão intentada deve ter razão para sua propositura, para sua apreciação e para seu deferimento. Assim, em intrínseca interpretação sistêmica do Regimento Interno comungado à Lei nº 1.284/2001, destacam-se os artigos 254, § 7º e o já mencionado art. 61, parágrafo único, de modo a delimitarem-se os propósitos da ação.

Art. 254 - O Tribunal Pleno decidirá, preliminarmente, se defere ou não o pedido.

§ 7º. A instrução da ação de revisão abrange o reexame de todos os elementos constantes dos autos.

Não obstante por isso, o art. 61, parágrafo único da LO nº 1.284/2001 recrudescer o disposto acima descrito, ao dispor que *“apenas novas provas serão suficientes para reiteração de pedidos já formulados”*, de modo que sua interpretação deverá ser revestida de acordo com os fundamentos do art. 62, incisos I a IV do mesmo códex. Vejamos:

Art. 62. A revisão somente terá por fundamento:

I - erro de cálculo nas contas;

II - omissão ou erro de classificação de qualquer verba;

III - falsidade de documentos em que se tenha fundado a decisão;

IV - superveniência de documentos novos, com eficácia sobre a prova produzida.

Parágrafo único. A falsidade de documento demonstrar-se-á por meio de decisão definitiva proferida em Juízo Cível ou Criminal, conforme o caso, ou será deduzida e provada no processo de revisão, garantido pleno direito de defesa.

Após a sua propositura, a ação passará pelo crivo do Presidente do Tribunal de Contas que deverá analisar os pressupostos de admissibilidade. Por fim, e não menos importante, há que se analisar o prazo prescricional, constante no art. 64, que versa que “O prazo para o pedido de revisão é de 05 (cinco) anos, contados do trânsito em julgado da decisão”.

Indiscutível ser cabível também a Ação de Revisão para reanálise de tomadas de contas, não sendo este o caminho a ser enveredado pelo presente artigo científico. O que nos atinge como inspiração recai sobre os processos de prestação de contas do gestor, sejam elas de ordenador ou consolidadas, identificando-se quais são passíveis de revisão pelo próprio Tribunal de Contas do Estado do Tocantins.

No que tange ao objeto de análise por parte da Corte de Contas, estas podem ser divididas em “de ordenador” e “consolidadas”, sendo que a matriz de verificação de cada uma dessas contas é diversa. Enquanto nas prestações de ordenador de despesas depreende-se uma análise intrínseca de atos de gestão, nas consolidadas são perquiridos os gastos de governo.

A ritualística empregada também é distinta, considerando as determinações do Regimento Interno do Tribunal de Contas para caracterização dos atos decisórios.

Nas contas consolidadas emite-se Parecer Prévio opinativo por regra constitucional, eis que o jurisdicionado a ser julgado é o Chefe do Poder Executivo. Já nas contas de ordenadores, cuja classificação para quem seria o ordenador de despesa rebusca o Decreto-lei nº 200/1967 no §1º, art. 80, onde se emite um Acórdão que pode julgar e condenar o jurisdicionado.

Importante também trazer que ambas as contas, de ordenador e consolidadas, devem, em se tratando dos Chefes do Poder Executivo, passar pelo crivo da Câmara Municipal cuja competência é privativa para julgamento final. Isso é o que se extrai dos Recursos Extraordinários números 848.826 e 729.744. Vejamos:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. JULGAMENTO DAS CONTAS DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO COMO ORDENADOR DE DESPESAS. COMPETÊNCIA: PODER LEGISLATIVO OU TRIBUNAL DE CONTAS.

REPERCUSSÃO GERAL. 1. Inadmissão do recurso no que diz respeito às alegações de violação ao direito de petição, inafastabilidade do controle judicial, devido processo legal, contraditório, ampla defesa e fundamentação das decisões judiciais (arts. 5º, XXXIV, a, XXXV, LIV e LV, e 93, IX, da CF/1988). Precedentes: AI 791.292 QO-RG e ARE 748.371 RG, Rel. Min. Gilmar Mendes. 2. Constitui questão constitucional com repercussão geral a definição do órgão competente – Poder Legislativo ou Tribunal de Contas – para julgar as contas de Chefe do Poder Executivo que age na qualidade de ordenador de despesas, à luz dos arts. 31, § 2º; 71, I; e 75, todos da Constituição. 3. Repercussão geral reconhecida.

(STF - RG RE: 848826 DF - DISTRITO FEDERAL 0000879-45.2014.6.06.0000, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 27/08/2015, Data de Publicação: DJe-173 03-09-2015)

Repercussão Geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Competência da Câmara Municipal para julgamento das contas anuais de prefeito. 2. Parecer técnico emitido pelo Tribunal de Contas. Natureza jurídica opinativa. 3. Cabe exclusivamente ao Poder Legislativo o julgamento das contas anuais do chefe do Poder Executivo municipal. 4. Julgamento ficto das contas por decurso de prazo. Impossibilidade. 5. Aprovação das contas pela Câmara Municipal. Afastamento apenas da inelegibilidade do prefeito. Possibilidade de responsabilização na via civil, criminal ou administrativa. 6. Recurso extraordinário não provido. (RE 729744, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-186 DIVULG 22-08-2017 PUBLIC 23-08-2017)

(STF - RE: 729744 MG - MINAS GERAIS, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 10/08/2016, Tribunal Pleno)

Ao que importa como alvo para aplicabilidade e cumprimento dos requisitos de admissibilidade previstos em Lei Orgânica e Regimento Interno do TCE/TO, apenas as Contas de Ordenador são passíveis de serem revisitadas e reanalisadas. A teor da estrita legalidade, as Contas Consolidadas possuem rito e recursos próprios para suas revisões. Porém, os reflexos da falta de previsão legal merecem ser revistos pelos aplicadores do

direito, que por meio de teses e sustentações técnicas aperfeiçoam o sistema recursal até então vigente e aumentam o grau de proteção e segurança dos jurisdicionados.

Logo, a indagação fulcral que pretendemos discorrer é: pode ser atribuído o efeito suspensivo a ação de revisão das contas de ordenador de despesas em âmbito administrativo do TCE/TO?

O processo do Tribunal de Contas obedece aos princípios do processo administrativo, portanto, deve ser considerado como instrumento de garantias à efetivação de direitos fundamentais num Estado Democrático de Direito e, também, como instrumento de garantias do cidadão relacionadas à Administração Pública para solucionar os conflitos de interesses entre ambos.

Vale dizer, a partir da vigência do Novo Código de Processo Civil, tornou-se obrigatória aplicação de suas disposições, de forma supletiva e subsidiária em processos administrativos, como dispõe o art. 15: "*Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente*".

É importante salientar os princípios processuais específicos os quais a Egrégia Corte está vinculada, eis que servem para a análise a ser empreendida a ação revisional. Como exemplo, o princípio da oficialidade, da verdade material, do Formalismo Moderado e Pluralidade de Instâncias. Di Pietro (2010) conceitua o princípio da oficialidade na forma que se segue:

O princípio da oficialidade autoriza a Administração a requerer diligências, investigar fatos de que toma conhecimento no curso do processo, solicitar pareceres, laudos, informações, rever os próprios atos e praticar tudo o que for necessário à consecução do interesse público.

Já Medauar (2008), aporta que o princípio da verdade material ou real se vincula ao princípio da oficialidade, pois exprime que a Administração deve tomar as decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. Para tanto, tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos. Assim, no tocante a provas, desde que obtidas por meios lícitos (como impõe o inciso LVI do art. 5º da CF), a Administração detém liberdade plena de produzi-las.

Ainda acerca da verdade material, Meirelles (2011) ensinou:

O princípio da verdade material, também denominado de liberdade na prova, autoriza a Administração a valer-se de qualquer prova que a autoridade processante ou julgadora tenha conhecimento, desde que a faça trasladar para o processo. É a busca da verdade material em contraste com a verdade formal. Enquanto nos processos judiciais o Juiz deve-se cingir às provas indicadas no devido tempo pelas partes, no processo administrativo a autoridade processante ou julgadora pode, até final julgamento, conhecer de novas provas, ainda que produzidas em outro processo ou decorrentes de fatos supervenientes que comprovem as alegações em tela. Este princípio é que autoriza a reformatio in pejus, ou a nova prova conduz o julgador de segunda instância a uma verdade material desfavorável ao próprio recorrente.

4 JUÍZO DE PRELIBAÇÃO

Os pressupostos recursais são avaliados no exercício do juízo de admissibilidade, também chamado de juízo de prelibação, e tem por finalidade constatar o preenchimento dos requisitos formais dos recursos.

Art. 63. O pedido de revisão será apresentado ao Presidente do Tribunal de Contas, em petição fundamentada e documentada pelo dirigente, ordenador ou responsável, ou por seus herdeiros, sucessores ou fiadores, pela Procuradoria da Fazenda do Estado ou de Município, ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal.

§ 1º O pedido será indeferido liminarmente pelo Presidente se for:

I - manifestamente impertinente ou inepto;

II - assinado por parte ilegítima;

III - simplesmente protelatório, não visando a modificação no mérito.

§ 2º Deferido, será o pedido processado, facultando-se a produção de novas provas.

§ 3º Ao final, o pedido será julgado pelo Tribunal Pleno, que manterá a decisão anterior ou, reformando-a no todo ou em parte, determinará as providências cabíveis.

Somente depois dessa análise formal é que se pode passar para a apreciação do mérito, com seu provimento ou desprovimento – parcial ou total.

De acordo com Wambier (2016):

O juízo de admissibilidade dos recursos consiste na verificação, pelo juízo competente, da presença dos requisitos mínimos para que o recurso possa ser processado e examinado quanto ao seu conteúdo (seu “mérito”). O exame da admissibilidade é sempre preliminar ao do mérito. Sendo positivo o juízo de admissibilidade, o recurso será conhecido, admitido, e passa-se para o exame do mérito. Se o juízo de mérito for também favorável ao recorrente, o recurso é provido.

Da acepção legal, depreende-se, de início, que a Ação de Revisão deve ser utilizada tão somente contra decisões definitivas. Excluem-se, a título de exemplo, as que estipulam medidas saneadoras, como as que convertem o processo de fiscalização em tomadas de contas especiais e as que determinam a concretização de citação ou audiência.

No que atine ao colegiado que a apreciará, percebe-se que o legislador atribuiu grande importância ao tipo recursal, pois apenas será apreciado pelo Plenário, cujas competências abarcam as questões de maior seriedade para o controle externo.

Quanto aos legitimados para apresentá-la está o próprio indivíduo penalizado, seus sucessores - pois que, de acordo com o artigo 5, inciso XLV, da Constituição Federal, não obstante a incoerência de a pena passar da pessoa do condenado, a obrigação de reparar o dano pode ser “estendida aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido” - Procurador da Fazenda do Estado ou Município e Ministério Público junto ao Tribunal.

O prazo para interposição da ação em exame é de cinco anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

Ademais, recurso de revisão é qualificado como de fundamentação vinculada, vez que deve obedecer, além das condições de admissibilidades ordinárias a todos os recursos – interesse, legitimidade, tempestividade, possibilidade recursal -, os requisitos específicos trazidos na LOTCE/TO, conforme situações que se apresentam no já mencionado art. 62.

Por questão de lógica, é imprescindível que pelo menos uma dessas hipóteses específicas ocorram para que se prospere o exame de prelibação e, assim, seja analisado o mérito do pedido.

A primeira situação e a menos trivial, na prática, é a de erro nos cálculos nas contas, bem como de erro de classificação de qualquer verba. Como se trata de uma questão fundamentalmente objetiva, não se gera controvérsias nem demanda divagações.

Pode ser que ocorra também a “falsidade de documentos em que se tenha fundado a decisão”. Neste caso, a decisão baseou-se em fatos irreais ou insuficientes, é por este motivo que uma nova decisão precisa ser proferida, tendo como fundamento a correção relativa às provas e fatos a serem sopesadas.

Dentre todas, a mais corriqueira é a “superveniência de documentos novos, com eficácia sobre a prova produzida”, que geralmente se dá por levantamentos e análises concretizadas em outro processo no âmbito do próprio Tribunal de Contas, em que são acuradas irregularidades que têm repercussão na apreciação das contas, e também quando o responsável traz aos autos documentos relevantes que ainda não haviam sido estimados pelo Tribunal.

Para exemplificar tal situação, vale a análise de um julgado do Conselheiro Alberto Servilha, da 6ª Relatoria do TCETO, acerca da revisão pautada em novos documentos:

12. Análise:

12.1. Pelo o que se abstrai dos novos documentos acostados pelo Ministério Público de Contas, no evento 1, em seus 7 anexos, verifica-se que pode ser recebida como novos para fins de revisionais, além de conter comprovações de uma série de irregularidades cometidas pela Câmara de Dueré, em 2016.

12.2. Assim, tanto as documentações contidas em anexo a petição do MPJTCE/TO, quanto a confirmação no SICAP-Contábil, são suficientes para ensejar a reabertura das contas de ordenador de despesas do exercício de 2016 da Câmara de Dueré, por conter consideráveis irregularidades nas esferas administrativa, civil e penal, que ensejam modificação na Decisão combatida.

13. CONCLUSÃO

13.1. Ante o exposto, propugnamos a este Colendo Pleno a **VOTAR** no sentido de **conhecer** a presente ação de revisão, para **dar provimento** no mérito, adotando as seguintes providências:

I- CONHECER a presente AÇÃO DE REVISÃO, interposta pelo Ministério Público de Contas, por meio de seus representantes os Procuradores de Conta Dr. Zailon Miranda Labre Rodrigues e o Dr. Oziel Pereira dos Santos, em desfavor do **Acórdão nº 480/2018** –

TCE – Primeira Câmara, prolatado nos autos nº 2426/2017, no qual este Tribunal de Contas julgou **regular com ressalvas** a Prestação de Contas de ordenador de despesas da Câmara de Dueré, referente ao exercício de 2016.

II - No mérito, **DAR PROVIMENTO**, para revogar o **Acórdão nº 480/2018 - 1ª Câmara**, em sucedâneo:

- a. **REABRIR a Prestação de Contas da Câmara de Dueré**, referente ao exercício de 2016, contida nos autos de nº 2426/2017.
- b. **JUNTAR** os documentos contidos no evento 1, anexos 1 a 7, desta Ação de Revisão (751/2019) nos autos de Prestação de Contas ora vergastada 2426/2017).
- c. **DETERMINAR** a citação do senhor Mouzer Joaquim Ferreira, Presidente à época da Câmara de Dueré-TO, para, querendo, exercer seus direitos de ampla defesa e do contraditório, face o resualtada da presente Ação de Revisão;
- d. **DETERMINAR A REANALISE** dos autos de Prestação de Contas da Coordenadoria de Análise de Contas e Acompanhamento da Gestão Fiscal, Corpo Especial de Auditores e Ministério Público de Contas, face a juntada dos novos documento.

III -- DETERMINAR a remessa dos autos à Secretaria do Pleno para que proceda a publicação desta decisão no Boletim Oficial do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, a fim de que surta os efeitos legais;

IV- DETERMINAR o encaminhamento dos autos à Coordenadoria de Protocolo para colocar os autos nº 2426/2017 como principal. **(VOTO Nº 183/2020-RELT6)**

Desta feita, estando presentes todos esses requisitos acima elencados, o recurso será conhecido para que seja analisado seu mérito.

5 EFEITOS DA AÇÃO DE REVISÃO

Em regra, os recursos possuem tão-somente efeito devolutivo. Segundo Marinoni (2016) pelo efeito devolutivo “será devolvida ao conhecimento do tribunal toda a matéria efetivamente impugnada pela parte em seu recurso (*tantum devolutum quantum appellatum*)”. Quer dizer, o efeito devolutivo constitui a devolução da matéria para reexame. Todavia, é cediço que em todos os recursos este efeito estará presente, a controvérsia cinge-se, portanto, com relação ao efeito suspensivo.

Isso porque durante o trâmite recursal, o preceito é que a decisão produza efeitos, o que acarreta a sua aplicação. Assim, os recursos não possuem, em regra, efeito

suspensivo. Entretanto, é possível que haja disposição legal – *ex lege* – em sentido diferente, ou até mesmo deliberação que confira o efeito suspensivo ao recurso, de modo que a decisão não produza efeitos enquanto pendente seu julgamento.

No caso em tela, percebe-se que não existe nenhum dispositivo legal, seja na Lei Orgânica ou no Regimento Interno, que proíba sua aplicação no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins.

Ademais, como explicitado anteriormente, no caso de omissão da lei, deve-se aplicar de forma subsidiária o Código de Processo Civil, que, em seu artigo 995, disciplina que o relator poderá conceder efeito suspensivo ao recurso nas seguintes situações: (i) risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação; e (ii) demonstração de probabilidade de provimento do recurso. Vejamos:

Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.

Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se dá imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

Percebe-se que a aplicação do efeito suspensivo, mais do que um direito, é uma questão de segurança jurídica, ainda mais no âmbito de um Tribunal de Contas. Isso porque as decisões desta Corte podem até mesmo atingir direitos políticos do indivíduo que tem imputada a si determinada irregularidade.

Nota-se que estes direitos, tamanha sua magnitude, são protegidos como cláusula pétrea pela nossa Constituição Federal, motivo pelo qual somente pode ser restringido em situações que denotam extrema certeza de punição. A partir do momento em que alguém apresenta provas cabais de que a decisão pode e deve ser reformulada, a execução de uma determinada decisão, precisa ser de pronta suspensão, para que não cause mais prejuízos a alguém que almeja provar sua inocência.

Com vistas a esse entendimento, o próprio Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, assim decidiu:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA DE ACÓRDÃO ADMINISTRATIVO. REJEIÇÃO DE CONTAS PRESTADAS POR PREFEITO. CHEFE DO EXECUTIVO E ORDENADOR DE DESPESA. COMPETÊNCIA DO PODER LEGISLATIVO MUNICIPAL. SUSPENSÃO

DA DECISÃO PROFERIDA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS. PARECER TÉCNICO MERAMENTE OPINATIVO. POSSIBILIDADE. DECISÃO DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU MANTIDA. 1. Revela-se imprescindível a suspensão de acórdão do Tribunal de Contas Estadual que julgou irregulares as contas de gestão de Prefeito Municipal, diante da demonstração da probabilidade do direito, porquanto, conforme recente julgamento do Supremo Tribunal Federal (RE 848.826), firmou-se o entendimento de que a competência para o julgamento das contas prestadas pelo gestor, tanto na função chefe de governo quanto na de ordenador de despesas, é exclusiva do Poder Legislativo Municipal, cabendo ao Tribunal de Contas a função auxiliar, por meio de emissão de parecer prévio, sobretudo diante do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, haja vista que a manutenção dos acórdãos e a consequente rejeição de contas refletem na inelegibilidade do agravante. Precedentes TJTO RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJ-TO – AI: 00168550320188270000, Relator: JOÃO RIGO GUIMARÃES).

Diante das efetivas possibilidades de aplicação do efeito suspensivo, fundamentado tanto no Código de Processo Civil, entendimento dos tribunais superiores nos Recursos Extraordinários números 848.826 e 729.744, quanto nos princípios processuais, além da já famigerada segurança jurídica, o que se busca é se assegurar que os direitos não sejam usurpados e que se tenha como resultado situações que não podem mais se reverter, trazendo prejuízos ao ordenador.

O mero recebimento da ação de revisão sem a aplicação do efeito suspensivo não traz aplicação efetiva do que se espera nos casos de irregularidades nos julgamentos de contas. Ademais, por vezes, o ordenador acaba por ser punido mesmo antes de ter seus questionamentos reanalisados na ação de revisão.

Desta feita, é notório que o efeito suspensivo, apesar de não previsto de forma expressa no texto legal, pode ser aplicado na Ação de Revisão dentro do âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, seja por questão de segurança, seja por questão de justiça.

6 JULGADOS PROCEDENTES

A alta relevância da matéria revisional, que envolve discussão em torno de julgamento por Corte administrativa, impõe, de um lado, o exame de questões de direito processual e, doutro, que sejam analisadas as matérias de ordem pública, notadamente em face dos

preceitos inscritos nos artigos 15 e 300, do Código de Processo Civil cominado com o art. 276 do Regimento Interno do TCU. *Ipsis litteris*.

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Art. 276. O Plenário, o relator, ou, na hipótese do art. 28, inciso XVI, o Presidente, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.443, de 1992. § 1º O despacho do relator ou do Presidente, de que trata o caput, bem como a revisão da cautelar concedida, nos termos do § 5º deste artigo, será submetido ao Plenário na primeira sessão subsequente.

§ 2º Se o Plenário, o Presidente ou o relator entender que antes de ser adotada a medida cautelar deva o responsável ser ouvido, o prazo para a resposta será de até cinco dias úteis.

§ 3º A decisão do Plenário, do Presidente ou do relator que adotar a medida cautelar determinará também a oitiva da parte, para que se pronuncie em até quinze dias, ressalvada a hipótese do parágrafo anterior.

§ 4º Nas hipóteses de que trata este artigo, as devidas notificações e demais comunicações do Tribunal e, quando for o caso, a resposta do responsável ou interessado poderão ser encaminhadas por telegrama, fac-símile ou outro meio eletrônico, sempre com confirmação de recebimento, com posterior remessa do original, no prazo de até cinco dias, iniciando-se a contagem do prazo a partir da mencionada 65 confirmação do recebimento.

§ 5º A medida cautelar de que trata este artigo pode ser revista de ofício por quem a tiver adotado ou em resposta a requerimento da parte.

§ 6º Recebidas eventuais manifestações das partes quanto às oitivas a que se referem os parágrafos anteriores, deverá a unidade técnica submeter à apreciação do relator análise e proposta tão somente quanto aos fundamentos e à manutenção da cautelar, salvo quando o estado do processo permitir a formulação imediata da proposta de mérito.

Posta assim a questão, a concessão do efeito suspensivo possibilitará que cessem os prováveis e irreparáveis prejuízos impostos ao jurisdicionado, que pode se encontrar precocemente tolhido em seus direitos políticos.

A esse respeito a doutrina de Alvim (2017) destaca que “cabe ao tribunal, antes de passar o exame *error in iudicando*, decretar nulidades a respeito de que se deve manifestar de ofício, ainda que não tenham sido alegadas pelas partes”.

Não obstante, a fim de evitar a consumação de maiores danos oriundos de decisões com graves defeitos processuais (*error in procedendo e error in iudicando*), o ordenamento processual prevê a possibilidade de concessão de efeito suspensivo as ações revisionais dirigidas às Cortes de Contas quando a execução da decisão recorrida for passível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação.

Esta possibilidade tem se consolidado na evolução da jurisprudencial do eg. TCE/TO no sentido de garantir ao Conselheiro Relator, por meio do seu poder geral de cautela, poderes para, com base em fundado receio de que o cumprimento imediato do acórdão condenatório, antes do julgamento final da causa, gere lesão grave e de difícil reparação, determinar as medidas provisórias que julgar adequadas a fim de que a matéria sob exame fique resguardada até o pronunciamento final do Pleno do Sodalício.

A esse respeito colaciona outros trechos da decisão monocrática do Conselheiro substituto José Ribeiro da Conceição, da Terceira Relatoria, nos autos da Ação de Revisão nº 6518/2018, demonstrando que TCE/TO já decidiu, em casos excepcionais, pela concessão de efeito suspensivo nas ações revisionais, *In verbis*:

7.17. Para mais, o *fumus boni juris* se mostra caracterizado com fundamento no art. 15 c/c art. 969 do NCPC, poder geral de cautela, ao passo que, o *periculum in mora* resta evidenciado na impossibilidade de se efetivar o registro de candidatura do

postulante a mandado eletivo, ressaltando que a concessão da tutela de urgência não é obstáculo à futura reversibilidade.

7.18. No caso em apreço, verifico indícios de nulidade por possível infringência aos princípios constitucionais do devido processo legal, razão pela qual, em caráter excepcional, e sob o pálio do poder geral de cautela e da segurança jurídica, acolho a matéria de ordem arguida na inicial e concedo a tutela de urgência de natureza antecipada para receber a ação de revisão interposta em face do Acórdão nº 645/2015 – 2ª Câmara, proferido nos autos do Processo nº 1694/2007 sob o efeito suspensivo.

No caso, a matéria posta à apreciação clamava pela concessão do efeito suspensivo, haja vista que o primeiro efeito do Acórdão atacado se deu pelo lançamento do nome do jurisdicionado no rol dos inelegíveis do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Tocantins (TRE/TO), dando cumprimento provisório do comando recorrido que, uma vez combatido, sua executoriedade tenderia a violar um dos direitos mais basilares dos jurisdicionados, qual seja, seus direitos políticos, em clara afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência, sendo certo, ainda, o provável caráter irreversível dos danos decorrentes.

Acerca ainda dos julgados que comungam com a possibilidade de aplicação de efeitos suspensivo à Ações de Revisão em âmbito do TCE/TO, recorre-se à pertinente inflexão do Conselheiro Substituto Jesus Luiz de Assunção, que nos autos do Processo nº 7442/2018-TCE/TO, decidiu:

8.20 Desta forma, excepcionalmente a concessão da tutela provisória de urgência se mostra possível no presente caso, seja pela probabilidade da existência de nulidade ou pela viabilidade de provimento da medida processual veiculada, podendo vir a alterar o resultado do julgamento anteriormente prolatado.

8.21 O perigo na demora também resta evidenciado na probabilidade do pedido de registro de candidatura do postulante ao cargo eletivo de Deputado Estadual (comprovada nos autos – evento 6) ser indeferido pela Justiça Eleitoral face a impugnação apresentada pela Procuradoria Regional Eleitoral com suporte na lista de gestores com contas julgadas irregulares.

8.23 Também não identifico irreversibilidade da medida postulada, de natureza provisória/precária. Caso a ação de revisão seja ao final julgada improcedente, iniciarão os atos de cobrança da multa

aplicada e o nome do responsável voltará a figurar na lista de gestores com contas julgadas irregulares.

8.24 À vista dessas considerações, é possível a adoção em caráter excepcional da tutela provisória de urgência neste caso concreto, pois a sua finalidade será tão somente suspender os efeitos da decisão a fim de que se aguarde o exame profundo da matéria, próprio das decisões de mérito.

8.25 Em respeito ao princípio do colegiado, submeto esta decisão à apreciação do Plenário na primeira Sessão após esta decisão.

8.26 Diante do exposto, com fundamento no art. 300, do CPC, de aplicação subsidiária neste TCE, concedo, em caráter excepcional, a tutela provisória de urgência postulada no evento 6 (expediente nº 8135/2018), *ad referendum* do Plenário, para o fim de receber a Ação de Revisão (autos nº 7442/2018) interposta contra o Acórdão nº 872/2013 –TCE/TO –2ª Câmara, de 17/12/2013, reformado parcialmente pelo Acórdão nº 1320/2015 –TCE/TO – Pleno, de 04/11/2015, no efeito suspensivo.

Tal posicionamento já fora adotado também em despacho de lavra da Conselheira Doris de Miranda Coutinho, ante o cumprimento dos requisitos objetivos e subjetivos para a concessão do pedido, nos termos do art. 300 e seguintes do CPC. No Despacho nº 638/2020-RELT5 extraídos do processo nº 7590/2020, vê-se o convencimento quanto a possibilidade do que se requer nos itens 9.14, 9.15, 9.25 e 9.26, sendo os fundamentos/argumentos para concessão do efeito suspensivo os mesmos da Ação de Revisão proposta:

9.14. A possibilidade de sua concessão em ação de revisão restou demonstrado no Acórdão nº 584/2019 – PLENO, assim ementado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. AÇÃO DE REVISÃO. MEDIDA CAUTELAR. CONCESSÃO DE TUTELA CAUTELAR DE EFEITO SUSPENSIVO EM AÇÃO DE REVISÃO QUANDO PREENCHIDOS OS REQUISITOS LEGAIS. DÉFICIT FINANCEIRO. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL. I. A concessão de tutelas cautelares de efeito suspensivo em ação de revisão no âmbito dos Tribunais de Contas brasileiros não é novidade. A título de exemplo, o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul possui na sua Lei Orgânica previsão

de que “o pedido de revisão pode ser interposto no prazo de dois anos contados da data do trânsito em julgado da decisão” (art. 73, § 1º, da Lei Orgânica TCE/MS) e “sendo relevante o fundamento do pedido de revisão e havendo risco de lesão irreparável ou de difícil reparação, o Conselheiro Relator do processo pode conceder liminarmente efeito suspensivo ao pedido”. Igualmente o Tribunal de Contas da União, mesmo com previsão expressa na Lei Orgânica de que a ação de revisão não terá efeito suspensivo, tem admitido, em caráter excepcional, o pretendido efeito suspensivo, desde que presentes os requisitos da “plausibilidade jurídica do direito, perigo da demora, além do receio de grave lesão ao erário ou ao interesse público ou risco de ineficácia da decisão de mérito” (Acórdão nº 2002/2016 – Plenário). II. O valor deficitário se mostra dentro da margem tolerável por esta Corte de Contas, em casos similares (atingiu 1,11% da receita gerida). Precedentes. (Acórdão nº 584/2019 – Pleno, Rel. Conselheira Doris de Miranda Coutinho, B.O.TCE/TO nº 2404, de 04.10.2019)

9.15. De fato, o efeito suspensivo na ação de revisão é medida excepcional e demanda o exame do preenchimento conjugado da plausibilidade jurídica do direito (receio de lesão ou risco de ineficácia da decisão de mérito), do perigo da demora e da irreversibilidade da medida.

9.25. Desta forma, excepcionalmente a concessão da tutela provisória de urgência se mostra possível no presente caso, pela viabilidade de provimento da medida processual veiculada, podendo vir a alterar o resultado do julgamento anteriormente prolatado.

9.26. O perigo na demora também resta evidenciado na probabilidade do pedido de registro de candidatura do postulante ao cargo eletivo de Prefeito (caso o seu nome seja aprovado nas convenções partidárias), ser indeferido pela Justiça Eleitoral, se impugnado com base na lista de gestores com contas julgadas irregulares.

Em assim sendo, tais precedentes apontam de forma bastante evidente para a plausibilidade do direito e possibilidade de provimento do *meritum causae*. Diz-se isso como forma de evidenciar que, existindo um direito plausível e verossimilhança do que se usa como argumento, poder-se-á encontrar respaldo jurisprudencial na Corte de Contas.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A apreciação da Ação de Revisão permite que ela seja mais bem entendida e utilizada de forma adequada, sempre em prol da efetividade e da eficiência da manifestação do Estado. Os recursos e os demais meios de impugnação de decisões constituem uma forma de aperfeiçoamento dos julgados, com a possibilidade de nova análise das deliberações e a eventual correção de falhas.

Destaque-se que, na realidade, esta ação, apesar de sua semelhança, não é recurso propriamente dito, como nomeia o Tribunal de Contas da União. Ela é ação que visa à desfazimento da decisão impugnada e que, ainda, pode resultar na reabertura das contas e no retorno do processo ao seu início, com a apreciação dos novos elementos trazidos aos autos.

De mais a mais, apenas de forma excepcional é que este instituto pode ser apresentado, como denotam as condições de caráter bastante restritivo previstos no ordenamento.

Por fim, conforme discorrido por todo o presente artigo e corroborado pelos julgamentos colacionados, entende-se que é possível que seja aplicado o efeito suspensivo em Ações de Revisão que corram perante o TCE/TO, desde que tenham fundamento para tanto, quer dizer, que a Ação seja proposta com provas cabais de que existe um risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e demonstração de probabilidade de provimento do recurso. Nestas hipóteses, mesmo sem haver previsão legal, o julgador precisa atribuir efeitos suspensivos à essas ações por uma questão de notória justiça.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ALVIM, Tereza Arruda. Nulidades do processo e da sentença. 8. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei nº 1.284/2001, 17 de dezembro de 2001. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins e dá outras providências. Publicado em 17 de dezembro de 2001. Palmas/TO.

BRASIL. Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. Palmas, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo. Ed. Atlas S.A. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil Comentado, 2ª edição, rev., ampl. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016

MEDAUAR. Odete: A Processualidade do Direito Administrativo, 2ª edição, São Paulo, RT, 2008

MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro. 37ª edição. São Paulo: RT, 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil, vol. 2, 16ª edição, reform. e ampl. com o novo CPC, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 848.826 Distrito Federal. Relator : Min. Roberto Barroso. Disponível em : <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628752/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-848826-df-distrito-federal-0000879-4520146060000/inteiro-teor-311628761>. Acesso em: 18 dez. 2020.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 729.744 Distrito Federal. Relator : Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/772394185/recurso-extraordinario-re-729744-mg-minas-gerais>. Acesso em: 18 dez. 2020.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO TOCANTINS (TJTO). Acórdão AI 0016855-03.2018.8.27.0000 . Relator : Des. João Rigo Guimarães. Disponível em: <https://tj-to.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/753880684/agravo-de-instrumento-ai-168550320188270000/inteiro-teor-753880685>. Acesso em: 15 jan. 2021.

_____. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS (TCETO). Resolução 603/2018 Processo 6518/2018. Relator: Conselheiro Substituto JOSÉ RIBEIRO DA CONCEIÇÃO. Boletim Oficial do Tribunal de Contas do Tocantins. Disponível em: https://www.tceto.tc.br/sistemas_scp2/blank_processo_site/blank_processo_site.php. Acesso em: 16 mai. 2021.

_____. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS (TCETO). Despacho 638/2020. Processo 7590/2020. Evento 16. Relator: Conselheiro JOSÉ WAGNER PRAXEDES. Palmas, 09 de julho de 2020. Disponível em : https://www.tceto.tc.br/sistemas_scp2/blank_processo_site/blank_processo_site.php. Acesso em: 16 mai. 2021.

_____. Dicionário Brasileiro de Língua Portuguesa. Disponível em:
<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/recurso>
Acesso em 28 jul. 2021

_____. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS (TCETO). Acórdão 374/2020. Relator: Conselheiro ALBERTO SEVILHA. Boletim Oficial do Tribunal de Contas do Tocantins. Palmas, 02 de setembro de 2020. Disponível em :
https://www.tce.to.gov.br/sistemas_scp/blank_visualiza_doc_novo/blank_visualiza_doc_novo.php?IdDocLer=78642. Acesso em: 07 ago. 2021.

_____. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS (TCETO). Despacho 0644/2018. Processo 7442/2018. Evento 12. Relator: Conselheiro Substituto JESUS LUIZ DE ASSUNÇÃO. Palmas, 11 de setembro de 2018. Disponível em:
https://www.tceto.tc.br/sistemas_scp2/blank_processo_site/blank_processo_site.php?script_case_init=3754&nmgp_url_saida=/sistemas_scp2/blank_processo_site/blank_processo_site.php&nmgp_parms=num_proc*scin7442*scoutano_proc*scin2018*scout. Acesso em: 07 ago. 2021.

DIREITO DOS DESASTRES E GESTÃO INTEGRADA DO RISCO

JAIR ANTÔNIO SILVA DE LIMA: Doutorando em Ciências Sociais pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Segurança Pública, Justiça e Cidadania (UFBA). Bacharel em Direito (UFBA). Especialização em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci. Pesquisador do Grupo de Pesquisa de Direitos Humanos e Cidadania da Universidade Federal da Bahia.

RESUMO: Os desastres têm se intensificado na sociedade contemporânea e exigido resposta estatal adequada à proteção da vida. Apesar de existir um extenso sistema normativo instalado para a proteção do meio ambiente no Brasil, restou evidenciado com os últimos episódios que, em casos de desastres, os mais diversos ramos do direito são utilizados de forma desarticulada, ou até mesmo isoladas em suas próprias bases dogmáticas, deixando de observar a exigência de gestão do risco e a extrema vulnerabilidade das pessoas. O objetivo neste estudo é compreender de que modo os novos paradigmas decorrentes dos desastres podem ser utilizados para a formulação e interpretação de instrumentos jurídicos que permitam atuação integrada e coordenada entre as instituições responsáveis pela gestão do risco e da vulnerabilidade. Será realizada uma revisão bibliográfica, buscando apresentar os fundamentos da sociologia, filosofia e teoria do direito, realizando uma análise jurídico-dogmática com o método jurídico-descritivo. Partindo do conceito de direito dos desastres, e com base no direito como integridade (DWORKIN, 1999), sustento que estes fenômenos devem ser enfrentados a partir da concepção do direito como um conjunto articulado de valores que visa à proteção da vida, sendo necessário o atuar integrado das instituições com vistas a precaução e proteção.

Palavras-chave: Sociedade de risco; direito como integridade; desastres; ação integrada.

ABSTRACT: Disasters have intensified in contemporary society and required an adequate state response to protect life. Although there is an extensive normative system installed for the protection of the environment in Brazil, it has been shown in recent episodes that, in cases of disaster, the most diverse branches of law are used in a disjointed manner, or even isolated in their own bases dogmatic, failing to observe the requirement of risk management and the extreme vulnerability of the people. The objective of this study is to understand how the new paradigms resulting from disasters can be used to formulate and interpret legal instruments that allow for an integrated and coordinated action between the institutions responsible for managing risk and vulnerability. A literature review will be carried out, seeking to present the foundations of sociology, philosophy and theory of law, performing a legal-dogmatic analysis with the legal-descriptive method. Starting from the concept of the right of the disasters, and based on the right as integrity (DWORKIN, 1999), I argue that these phenomena must be faced from the conception of the law as an articulated set of values aimed at protecting life, requiring the integrated action of institutions with a view to precaution and protection.

Keywords: Risk society; right as integrity; disasters; integrated action.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Direito dos Desastres – 3. Direito dos Desastres e Gestão – Integrada no Brasil – 4. A Gestão dos Riscos e o Direito como Integridade – 5. Considerações Finais – 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A crescente insegurança e o medo são expoente do novo catálogo de riscos que aportam no seio da sociedade globalizada ao lado de suas conquistas científicas. Esta nova dinâmica da vida pós-moderna requer ajustes nas relações sociais (entre os indivíduos, entre estes e o setor econômico e até mesmo com o Estado), exigindo que o direito, como “último vagão”, venha a reboque para acomodar-se ao contexto social.

Esse modelo social foi denominado por Ulrich Beck (2011) como sociedade de risco, expressão difundida na obra “Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade”. Na sociedade de risco descrita por Beck (2011), os desastres têm se intensificado e exigido resposta estatal adequada à proteção da pessoa humana. Apesar de existir um extenso sistema normativo instalado para a proteção do meio ambiente no Brasil, percebemos que, em casos de desastres (com efeitos mais amplos que, para além dos imensuráveis danos ambientais, afetam a economia, a saúde e a própria vida humana), os mais diversos ramos do direito são utilizados de forma desarticulada, ou até mesmo isoladas em suas próprias bases dogmáticas, deixando de observar a exigência de gestão do risco e a extrema vulnerabilidade das pessoas. Desse modo, os atores aplicam o direito visando objetivos que ao final se comunicam, no entanto muitas vezes estas ações são implementadas sem que se orientem por um conjunto coerente de princípios, por um só paradigma. Movem-

se ações civis públicas, ações individuais, procedimentos administrativos e até ações penais, cada um utilizando seus próprios instrumentos, ritos, procedimentos e princípios. Estes fatos se repetem no Brasil, sobretudo porque não há uma disposição normativa que imponha a centralização, articulação e integração da atuação dos organismos públicos e privados na contenção dos danos e dos riscos.

Assim, nesse contexto de sociedade de riscos e de graves violações de direitos humanos que exigem solução complexa, partindo da teoria do direito como integridade, pergunta-se: de que modo deve o ordenamento jurídico disciplinar a atuação integrada e coordenada entre as instituições públicas e privadas a partir do paradigma da catástrofe? O meu objetivo é compreender de que modo os novos paradigmas decorrentes das catástrofes na sociedade de risco podem ser utilizados para a formulação e interpretação de instrumentos jurídicos que permitam atuação integrada e coordenada entre as instituições responsáveis pela gestão do risco e da vulnerabilidade. A fim de atingir o objetivo exposto, será realizada uma revisão bibliográfica a respeito do tema, buscando compreender e apresentar os fundamentos da sociologia, filosofia e teoria do direito, realizando uma análise jurídico-dogmática com o método jurídico-descritivo.

2 DIREITO DOS DESASTRES

Vivemos uma pandemia mundial decorrente do Coronavírus, que pode ser classificada como desastre natural de origem biológica, segundo Délton Carvalho (2020). Este desastre que ocorre em todo o planeta afeta o Brasil logo depois deste país ter enfrentado duas outras catástrofes de magnitude talvez nunca registrada em sua história, como foi o rompimento das barragens em Brumadinho e em Mariana (PEREIRA, 2018). Esses eventos demonstraram o distanciamento do ensino e do próprio ordenamento jurídico da realidade social, uma característica presente na atualidade, dada a base abstrata em que se sustenta.

Nestes desastres, os institutos jurídicos de que se socorreu o Estado foram sobretudo as normas ambientais, calcadas na perspectiva de dano ligada à esfera do direito privado, cujos princípios e regras jurídicas, em uma linha retrospectiva, voltam-se para efeitos e apuração de responsabilidade. Entretanto, em se tratando de desastres, o desempenho jurídico não é exigido em função reparação do dano, mas, ao contrário, requer-se que o direito disponha de instrumentos que sejam adequados a evitá-lo, tendo como horizonte os princípios da prevenção e precaução.

O direito dos desastres – em perspectiva ambiental – é concebido com a atribuição de responsabilidade para precaução, prevenção e dinâmica de concertação de ações em face do risco. Assim, o grande desafio é que o ordenamento jurídico disponha de ferramentas que possibilitem atuação prévia, uma concatenação de deveres de conduta,

construção e performance de instituição para uma fase prévia à geração da lesão (KOKKE, 2020, p. 194).

O direito dos desastres se assenta no paradigma da correlação entre potencialidade de ocorrência, ou probabilidade, e magnitude dos efeitos da ocorrência do desastre (KOKKE, 2020, p. 199). Trabalha-se com a concretude da magnitude do risco e dos danos possíveis, a qual se constitui meio para a elaboração e adoção de políticas públicas e privadas capazes de concretizar medidas preventivas e mitigadoras proporcionais aos níveis de probabilidades (CARVALHO, 2015, p. 90). É neste sentido que este ramo do direito instrumentaliza a gestão do risco de situações de vulnerabilidade e de aferição da magnitude dos efeitos potencialmente devastadores e capazes de desestabilizar socioambientalmente uma comunidade.

De acordo com Kokke (2020, p. 200) o direito tem por missão funcionalizar normativamente e anteparar instituições para que autem no ciclo de fases que sucedem quando se tem por objeto um desastre ambiental, seja de causa natural, seja de causa antrópica. Busca-se conter o “ciclo da catástrofe”, por meio de gerenciamento de risco levado a efeito nas seguintes etapas: a) mitigação do risco de desastre; b) desenvolvimento do planejamento e execução de respostas em face do desastre e de situações de emergência geradas; c) adoção de medidas e programas de compensação e estabilização; d) reconstrução das áreas e vidas afetadas, seguindo-se de novos painéis de execução e planejamento de mitigação, com reabertura do ciclo (CARVALHO; DAMACENA, 2013, p. 33).

Além dessas etapas, Kokke (2020, p. 195) acrescenta uma perspectiva institucional, aduzindo que o ciclo de desastre fomenta a reestruturação de instituições públicas e privadas para um marco de otimização em cada uma das fases. Nesse aspecto, Carvalho (2015, p. 47) pontua que o que há de comum em todas estas etapas é a necessidade de gestão de riscos, de modo que o direito dos desastres é unificado por esta atividade coordenada de gestão. Com efeito, exige-se adaptação das medidas jurídicas que possam proporcionar maior grau de eficácia.

3 DIREITO DOS DESASTRES E GESTÃO INTEGRADA NO BRASIL

O marco legal brasileiro do regime jurídico de gestão do ciclo reativo ligado ao desastre, presente na Lei nº 12.608/2012, representa importante do papel do Direito na gestão e funcionalização das medidas de contenção, mitigação, resposta e compensação do desastre. Importa destacar que esta Lei institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (PNPDEC), além de dispor sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil (SINPDEC) e o sobre Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil (CONPDEC). Neste mesmo dispositivo normativo há a autorização para a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres e dá outras providências. Expressamente, em seu artigo 2º,

instrumento normativo estabelece que é dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios adotar as medidas necessárias à redução dos riscos de desastre, as quais podem ser executadas com a colaboração de entidades públicas ou privadas e da sociedade em geral.

Visando à articulação e integração entre os entes federados, seus órgãos e instrumentos, o legislador estabeleceu que a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil abrange as ações de prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação voltadas à proteção e defesa civil, acrescentando que

Art. 3º (...)

Parágrafo único. A PNPDEC deve integrar-se às políticas de ordenamento territorial, desenvolvimento urbano, saúde, meio ambiente, mudanças climáticas, gestão de recursos hídricos, geologia, infraestrutura, educação, ciência e tecnologia e às demais políticas setoriais, tendo em vista a promoção do desenvolvimento sustentável.

Art. 4º São diretrizes da PNPDEC:

I - atuação articulada entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios para redução de desastres e apoio às comunidades atingidas;

II - abordagem sistêmica das ações de prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação;

III - a prioridade às ações preventivas relacionadas à minimização de desastres;

IV - adoção da bacia hidrográfica como unidade de análise das ações de prevenção de desastres relacionados a corpos d'água;

V - planejamento com base em pesquisas e estudos sobre áreas de risco e incidência de desastres no território nacional;

VI - participação da sociedade civil.

Em que pese disponha quanto às fases do ciclo de gestão de desastres, mantém-se alicerçada em ações sem contornos definidos, apresentando lacunas que destoam e comprometem a sua eficiência operacional, de modo que o próprio papel do Direito e dos profissionais jurídicos não está delimitado. Verifica-se ausência de parâmetros

compreensivos da sua magnitude, resiliência e vulnerabilidade ainda são carentes de previsões regulatórias, o que inviabiliza a adoção de políticas públicas adequadas para a sociedade de risco ambiental permanente.

De igual modo, o Decreto 10.593 de 2020, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Informações sobre desastres, pouco avançou a respeito do tema. Neste sentido, o art. 3º do Decreto estabelece que o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil tem por objetivo atuar no planejamento, na articulação e na coordenação das ações de gerenciamento de riscos e de desastres no território nacional.

A gestão de desastres tem por pressuposto fundamental a informação, quer em sua coleta ou na publicização, de modo a viabilizar a mobilização dos organismos públicos e privados. Vale dizer, a informação é fundamental para a efetiva prevenção, princípio basilar em matéria ambiental (CARVALHO, 2015, p. 79).

Com efeito, defende-se que para compreensão do desastre e de sua ocorrência, é necessário conjunto informações e de medidas técnicas de gestão interligadas, bem como delinear elementos de uma teoria geral dos desastres (KOKKE, 2020, p. 207).

4 A GESTÃO DOS RISCOS E O DIREITO COMO INTEGRIDADE

Ulrich Beck (2011) realiza uma análise da sociedade a partir da concepção de risco, defendendo que vivemos um momento de ruptura no interior da própria modernidade, que não implicaria no fim, mas sim uma reconfiguração social e uma assunção de novos contornos, que operam modificações em diversos âmbitos, desde o comportamento do cidadão, influenciando a política e a economia. Apesar de todo este cenário, a constatação da irreversibilidade das ameaças e do interesse do poder econômico em sua manutenção deve orientar as estruturas sociais para a revisão de suas bases e adequação à nova realidade da sociedade de riscos, que converte em normalidade o estado de permanente insegurança. As premissas apresentadas por Ulrich Beck (2011, p. 07) ao analisar os riscos advindos com o novo modelo de sociedade, demonstram a universalização dos riscos no mundo globalizado, tendo como paradigma a tragédia de Chernobyl.

Para explicar sociologia do risco de Ulrich Beck, dissemos em outro momento que suas características são apresentadas a partir de cinco teses que confirmariam a sua dinâmica política e o potencial de autoameaça civilizatória: (1ª) os riscos são criados sistematicamente, são frequentemente irreversíveis e invisíveis; (2ª) os riscos produzem um "efeito bumerangue", pois atingem, cedo ou tarde, quem os produziu e quem deles se beneficiou – nem os ricos e os poderosos estariam seguros; (3ª) a expansão dos riscos não rompe a lógica capitalista, ao contrário, a criação e exploração comercial dos riscos os transforma em um grande negócio (*big bussines*); (4ª) o conhecimento dos riscos adquire

nova relevância política e gera consciência diferenciada sobre seus efeitos; (5ª) a sociedade de riscos é a sociedade das catástrofes, na qual o estado de exceção (ameaça) converte-se em normalidade (LIMA, 2021).

Para ilustrar seu pensamento, Beck utiliza o recurso metafórico, comparando as transformações encenadas na atualidade com o rompimento do antigo regime da sociedade estamental:

Assim como no século XIX a modernização dissolveu a esclerosada sociedade agrária estamental e, ao depurá-la, extraiu a imagem estrutural da sociedade industrial, hoje a modernização dissolve os contornos da sociedade industrial e, na continuidade da modernidade, surge uma outra configuração social (BECK, 2011, p. 12-13).

É nessa mesma linha de compreensão e socorrendo-se de metáfora análoga que Bauman (2001, p. 234) sustenta que a modernidade líquida (o que para outros autores seria a pós-modernidade) não mantém suas características de forma rígida, como ocorria no modelo social anterior, exigindo mobilidade e capacidade de adaptação. Desse modo, em uma sociedade de riscos em elevada velocidade de mudanças, onde ocorre o derretimento dos paradigmas, exige-se cada vez mais que os meios de controle social sofram reformulações em suas estruturas.

Beck (2011, p. 27-28), ao discorrer sobre as características da sociedade de risco, apresenta cinco teses que confirmariam a sua dinâmica política e o potencial de autoameaça civilizatória: (1ª) os riscos são criados sistematicamente, são frequentemente irreversíveis e invisíveis; (2ª) os riscos produzem um "*efeito bumerangue*", pois atingem, cedo ou tarde, quem os produziu e quem deles se beneficiou – nem os ricos e os poderosos estariam seguros; (3ª) a expansão dos riscos não rompe a lógica capitalista, ao contrário, a criação e exploração comercial dos riscos os transforma em um grande negócio (*big bussines*); (4ª) o conhecimento dos riscos adquire nova relevância política e gera consciência diferenciada sobre seus efeitos; (5ª) a sociedade de riscos é a sociedade das catástrofes, na qual o estado de exceção (ameaça) converte-se em normalidade.

Nesse contexto, a teoria do direito como integridade de Dworkin (1999) vem corroborar com Beck, apresentado a assunção de uma posição hermética que consiste em considerar o ordenamento como um conjunto coerente de princípios, ou seja, um todo considerado de princípios, regras e diretrizes políticas. Vale salientar que, conforme destacam Lima, Batos Netos e Santana (2021),

Todo sistema jurídico tem por base um conjunto de princípios que o orientam. Os princípios, de acordo com Miguel Reale (1999), são

“verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade”. De forma mais concisa, podemos afirmar que “princípios são mandamentos de otimização” (ALEXY, 2008).

A teoria do direito como integridade consiste na assunção de uma posição hermenêutica que Dworkin (1999, p. 60) denomina de interpretação construtiva ou criativa. Ele destaca que devemos entender o ordenamento jurídico como um todo considerado de princípios, regras e diretrizes políticas. O autor trabalha com a ideia de que para todo caso colocado diante do juiz há apenas uma resposta normativamente correta. Não se concebe o sentido de resposta certa ou verdadeira, mas sim a aceção de correção, considerando que a coesão e integridade do sistema jurídico só permitiriam ao juiz uma única resposta. Esse pensamento dworkiniano é apresentado inicialmente na obra *O Império do Direito*, cuja primeira edição foi publicada em 1986. Para Dworkin (1999, p. 6), os processos judiciais suscitam três tipos de questões: de fato, de direito e de moralidade política, que se traduzem em o que ocorreu, qual lei é aplicável e se há justiça nesse ditame. O autor norte-americano compreende que a interpretação das práticas sociais é complexa e deve ser vista em seu contexto, em suas semelhanças e diferenças.

Desse modo, a interpretação das práticas sociais se assemelharia à interpretação artística, pois ambas têm como objeto o produto da criação humana e, por esta razão, consistem em interpretação criativa. Esta interpretação criativa deve ser construtiva e ter como parâmetro a coerência normativa (DWORKIN, 1999, p. 60-62). A interpretação construtiva, nesse contexto trabalhado pelo jusfilósofo, teria a limitação da coerência e da integridade, não se afastando do fato de que a interpretação “reconhece as imposições da história ao mesmo tempo que luta contra elas” (DWORKIN, 1999, p. 75).

É certo que a forma de interpretar o direito muda ao longo do tempo, observando-se épocas em que determinadas soluções interpretativas ganham maior evidência, como o maior relevo à força da legislação e do precedente. No entanto, Dworkin (2020, p. 196) acentua que quando os juízes se debruçam sobre casos difíceis, realizam um processo unitário de interpretação, limitados por restrições institucionais, em diálogo com os valores pessoais e tradições morais da comunidade.

Macedo Júnior (2013, p. 151), ao debruçar sobre a teoria dworkiniana, destaca que quando “as práticas sociais que estamos interpretando envolvem algum valor, nossa interpretação destas é, em alguma medida, criativa, visto que impõem uma intencionalidade (...) como condição para a prática interpretativa”. Assim, interpretar uma prática social pressupõe atribuição de intencionalidade, sempre que esta prática envolva valor ou propósito.

Após delinear essas premissas que direcionam o seu pensamento, o autor apresenta a sua concepção do direito como integridade, a qual pressupõe um certo tipo de comunidade política, que elege determinadas virtudes que buscam refletir os padrões mais básicos da política comum: imparcialidade, justiça e devido processo legal. O próprio direito seria uma prática social interpretativa e a interpretação seria um fenômeno social. Dentre os valores escolhidos pela comunidade e em uma concepção de justa distribuição de recursos e oportunidades e um processo equitativo, Dworkin (1999, p. 201) afirma que é exigido que “o governo tenha uma só voz e aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, para estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade que usa para alguns”.

Para Dworkin (1999, p. 213; 261) existem dois princípios da integridade política: um dirigido aos legisladores (que reclama um conjunto de leis moralmente coerente) e, por outro lado, o princípio da integridade jurisdicional, cujo vetor aponta para o juiz, exigindo que veja a lei como coerente, sempre que possível. Em outras palavras, a integridade na legislação – que restringe a ação criadora de normas públicas – e integridade na deliberação judicial, que traz a exigência direcionada aos juízes, de modo que considerem que o sistema de normas públicas deve ser tratado como um conjunto coerente de princípios. Disso decorre a possibilidade e o dever de interpretar as normas extraíndo e revelando o seu conteúdo implícito, alinhado aos valores sociais. Nesse aspecto, a integridade seria uma virtude, ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal. Para o ilustre autor, ao aceitar a integridade como virtude, uma sociedade política teria a possibilidade de promover sua autoridade moral para assumir e mobilizar monopólio de força coercitiva, protegendo o cidadão contra a parcialidade, a fraude ou outras formas de corrupção. Dworkin (1999, p. 229) defende que a integridade, nesse sentido, reforça a eficiência do direito, pois evita a necessidade de detalhamento exaustivo na legislação vigente. Vale dizer, a existência e o reconhecimento de um conjunto de normas públicas que decorrem dos princípios evitam a necessidade de exaustão legislativa, o disciplinamento legal de toda e qualquer matéria de relevância social.

Nessa linha, Bobbio (2010), aderindo ao juspositivismo, concebe o ordenamento jurídico a partir da unidade, coerência e completude, vinculando a noção de sistema à ideia de unidade. Esta unidade e coerência do ordenamento jurídico devem ser utilizada para buscar a instrumentalização dos órgãos para que cumpram o imperativo de tutela constitucional.

Logo, para que o Estado atenda ao comando constitucional de proteção da dignidade humana (art. 1º, III, CF/88) e do meio ambiente (art. 225 da CF/88) é necessário que o ordenamento jurídico disponha de medidas para a gestão do risco dos desastres, nisso incluindo previsão concreta de articulação entre os organismos responsáveis pela

gestão, fiscalização e investigação de condutas potencialmente geradoras de dano de elevada magnitude.

O desastre ambiental de Brumadinho/MG, revelou não somente um elevado nível de vulnerabilidade diante do evento em si, mas também expôs níveis de vulnerabilidade jurídica e deficit de densidade normativa. Com o rompimento da barragem, foram despejados 13 milhões de metros cúbicos de lama com metais pesados, substâncias químicas e tóxicas, devastando os locais por onde passou, matando 270 pessoas (CUNHA; CALGARO, 2020 p. 23). O Ministério Público mineiro afirma que a sua atuação se desenvolveu em três eixos: o socioeconômico, para a busca da indenização dos atingidos; o socioambiental, para a reparação ambiental, e o eixo criminal. No entanto, a magnitude do desastre de Mariana não parece ter alertado o suficiente as autoridades para a adoção de medidas concretas que evitassem um segundo evento catastrófico (Brumadinho).

Desse modo, adotando o caso Brumadinho como referência, é necessário que os novos paradigmas decorrentes das catástrofes na sociedade de risco sejam aptos a mobilizar a formulação e interpretação de instrumentos jurídicos que permitam atuação integrada e coordenada entre as instituições responsáveis pela gestão do risco e da vulnerabilidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme foi trabalhado ao longo desta pesquisa, os desastres que acometem a sociedade contemporânea exigem do direito respostas que sejam adequadas às complexidades. Observou-se que, em que pese existirem normas e ferramentas para atuação em situação de dano ou até mesmo de desastres, ainda não temos normatização harmoniosa que discipline a atuação dos mais diversos órgãos.

Nesse sentido, compreendendo o direito como um conjunto articulado de valores, conclui-se o sistema jurídico precisa ser visto em sua integralidade, sendo necessário que os novos paradigmas decorrentes das catástrofes na sociedade de risco sejam aptos a mobilizar a formulação e interpretação de instrumentos jurídicos que permitam atuação integrada e coordenada entre as instituições responsáveis pela gestão do risco e da vulnerabilidade, com vistas à precaução e proteção.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**; tradução Plínio Dentzien – Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**; tradução de Sebastião Nascimento. 2 Ed. – São Paulo: 34, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. Editora Martins Fontes. Tradução de Denise Agostinetti. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BRASIL, Deilton Ribeiro *et al.* **A emergência do direito dos desastres na sociedade de risco globalizada**. 1ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020

CARVALHO, Délton Winter de. **Desastres ambientais e sua regulação jurídica**: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos desastres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

CUNHA, Ada Helena Schiessl da; CALGARO, Cleide. **Desastre de Mariana e Brumadinho: uma breve análise crítica sob o aspecto da moderna responsabilidade**. In: BRASIL, Deilton Ribeiro; CARVALHO, Délton Winter de; SILVA, Romeu Faria Thomé da. (Org.). *A emergência do direito dos desastres na sociedade de risco globalizada*. 1ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020, v. 01, p. 21-40.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução – Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução – Nelson Boeira – 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

KOKKE, Marcelo. **Desastres ambientais e o papel do direito**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020, v. 1, p. 193-210.

LIMA, Jair Antônio Silva de. **Organizações Criminosas e Segurança Pública: reflexões à luz da jurisprudência do STJ e da teoria dos vocabulários de motivos**. Disponível em https://www.sbs2021.sbsociologia.com.br/atividade/view?q=YToyOntzOjY6InBhcmFtcyI7czozNToiYToxOntzOjE5OiJRF9BVEIWSURBREUiO3M6MjoiMzM6MjoiO3M6MToiCI7czozMjoiYjVIN2E2NWNjMzk4N2ZINDJmOWVkdMDQ0MGFjMmEzYTYiO30%3D&ID_ATIVIDADE=33. Acesso em 15 de ago de 2021.

LIMA, Jair Antônio Silva de; BASTOS NETO, Celso Alves; SANTANA, Luan Leal Cerqueira. **O JULGAMENTO DE TYRION LANNISTER E O SISTEMA ACUSATÓRIO: limites principiológicos do poder punitivo estatal**. In: *Direito Geek*. 1ª Temporada. Woltmann, Angelita et al (org.). Studio Sala de Aula, 2021.

PEREIRA, Diego. **Histórias de vida interrompidas pelo mar de lama: desastre de Mariana (MG)**. 2018. 92 f., il. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos e Cidadania). Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

REALE, Miguel. Filosofia do direito. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DA IMPOSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO DE MULTAS CRIMINAIS DE PEQUENO VALOR COM BASE NA LÓGICA ARRECADATÓRIA ESTATAL

FELIPE MAGNO SILVA FONSÊCA: Promotor de Justiça, no Ministério Público do Estado de Rondônia. Ex-servidor público federal da Justiça Federal, Subseção Judiciária de Campina Grande/PB. Ex-Coordenador de Ações Judiciais da Procuradoria Federal (AGU) na Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). Graduado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). Pós-graduado lato sensu em Direito Público pela Universidade Anhanguera (UNIDERP/LFG) e em Gestão Pública pela UEPB. Pós-graduando em Direito Ambiental pela Escola Superior da Magistratura de Rondônia (EMERON).

RESUMO: O Direito Penal, ainda que funcione como *ultima ratio*, desempenha relevante função de controle social, não só estabelecendo limites para o poder punitivo estatal, mas também (e especialmente) viabilizando a imposição de penas que ostentam, a um só tempo, caráter aflictivo (ou retributivo) e preventivo. Dentre as espécies de sanções das quais o Direito Penal retira contributo efetivo para a pacificação social, inclui-se a pena de multa, que, por se tratar de pena propriamente dita, carrega consigo os atributos da retribuição e prevenção, tal e qual as demais espécies de sanção penal. Não obstante a aparente obviedade dessa assertiva, recorrentemente se levantam vozes que, seja por uma leitura equivocada decorrente do aspecto pecuniário imanente à pena de multa, seja por uma má compreensão acerca dos fins perseguidos pelo Estado no seu mister de pacificação social, soerguem raciocínios tendentes a banalizar a pena de multa e a mitigar a obrigatoriedade de adimplemento. É exemplo disso a tese que sustenta a extinção das execuções de penas de multa de pequeno valor, valendo-se, para tanto, de uma lógica eminentemente arrecadatória. No presente ensaio, busca-se demonstrar a inadequação desse posicionamento e, em última análise, enaltecer a pena de multa como relevante mecanismo de controle social.

Palavras-chave: Pena de multa. Extinção da execução. Lógica arrecadatória.

1. INTRODUÇÃO

Desde a ruptura do Estado Liberal e a consequente passagem para o Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*, Estado assistência ou Estado providência), tornou-se usual a asserção de que o Estado existe para a consecução do bem comum, aqui entendido como o conjunto das condições necessárias para que a pessoa humana realize sua dignidade. Para atingir tal mister, o Estado age em diversas frentes e sob diferentes métodos, seja garantindo a paz e segurança públicas e exercendo a função de controle social, notadamente por meio do Direito Penal, seja lançando mão de atividades prestacionais, a exemplo da oferta de serviços públicos de saúde, educação, habitação, etc.

Por óbvio, para a execução dos programas constitucionais, mormente em Estados regidos por Constituições programáticas e de feição social (ou pós-liberal), como o é a Constituição Federal brasileira de 1988, o Poder Público precisa obter recursos financeiros, o que faz, de acordo com o escólio de ALEXANDRE (2017, p. 40), sob duas formas distintas, segundo a já tradicional classificação dada pelos financistas às receitas públicas:

Para obter receitas originárias, o Estado se despe das tradicionais vantagens que o regime jurídico de direito público lhe proporciona e, de maneira semelhante a um particular, obtém receitas patrimoniais ou empresariais. A título de exemplo, cite-se um contrato de aluguel em que o locatário é um particular e o locador é o Estado. O particular somente se obriga a pagar o aluguel porque manifesta sua vontade ao assinar o contrato, não havendo manifestação de qualquer parcela do poder de império estatal.

Na obtenção de receitas derivadas, o Estado, agindo como tal, utiliza-se das suas prerrogativas de direito público, edita uma lei obrigando o particular que pratique determinados atos ou se ponha em certas situações a entregar valores aos cofres públicos, independentemente de sua vontade. Como exemplo, aquele que auferiu rendimento será devedor do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (imposto de renda) independentemente de qualquer manifestação volitiva.

De plano, infere-se que a imposição de sanções penais (mesmo as de natureza pecuniária, como o são as penas de multa), não integra qualquer das estratégias estatais para a incorporação de receitas. Aliás, a só análise do conceito de tributo previsto no art. 3º, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66) já nos traz uma luz nesse sentido, ao dispor que *“tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor*

nela se possa exprimir, ***que não constitua sanção de ato ilícito***, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada” (grifo nosso).

No ponto, é pertinente a lição de PAULSEN (2017, p. 34), de acordo com quem

(...) não há que se confundir o tributo em si com a receita, também derivada e compulsória, que são as multas por prática de ato ilícito, fundadas no poder de punir, e não no poder fiscal. (...) O tributo não é sanção de ato ilícito e, portanto, não poderá o legislador colocar o ilícito, abstratamente, como gerador da obrigação tributária ou dimensionar o montante devido tendo como critério a ilicitude.

Destarte, é perceptível que, mesmo quando age no mister de obtenção de receitas derivadas, com o socorro do seu poder de império, o Estado não o faz mediante sancionamento de ilícitos penais, por uma simplória razão: não é esse o desígnio das penas aplicadas em decorrência da prática de condutas criminosas. Não é essa, aliás, a finalidade do próprio Direito Penal.

Assim, muito embora apresentem pontos de afinidade, notadamente o respaldo do império estatal, é certo que as atuações do Estado no âmbito criminal e no âmbito fiscal/arrecadatório regem-se por lógicas suficientemente distintas e absolutamente inconfundíveis, mesmo nos casos de imposição de sanções criminais com feição pecuniária, como é o caso das penas de multa.

A despeito da aparente trivialidade dessa constatação, o fato é que a pena de multa, para além da evidente crise de efetividade que a abate já desde algum tempo, vem sendo aquebrantada com base em raciocínios que afligem a sua própria essência enquanto sanção penal, a exemplo daquele que apregoa a necessidade de extinção das execuções de multas criminais de pequeno valor, com fundamento na lógica do custo-benefício econômico-financeiro, comumente empregada pela Fazenda Pública no exercício da sua função fiscal/ arrecadatória.

A aspiração do presente ensaio é precisamente a de rechaçar o viés de banalização das penas de multa, apresentando argumentos sólidos em contraposição ao discurso repudiado, bem como operando uma leitura da problemática à luz da Análise Econômica do Direito e do Garantismo Penal Integral, cujas balizas igualmente se prestam a refutar a tese que caminha para a extinção temerária de penas e execuções penais.

2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A PENA DE MULTA

Sem embargo das vozes dissonantes por parte da escola abolicionista penal, de índole meramente alegórica, dada a ausência de empirismo e o distanciamento da

realidade que impregnam essa teoria, parece haver preponderância do entendimento de que o Direito Penal, embora merecedor de críticas em face do arcaísmo de certos institutos dos quais se vale, ainda constitui relevante mecanismo de controle social, no ponto em que viabiliza um aparato jurídico necessário para que o Estado se substitua à sociedade no controle da transgressão de normas de conduta e na busca última pela pacificação social, através da imposição de penas, caracterizadas pela restrição ou privação de bens jurídicos determinados do indivíduo.

Segundo o brilhante escólio de MASSON (2020, p. 460), "*pena é a espécie de sanção penal consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do condenado, aplicada pelo Estado em decorrência do cometimento de uma infração penal, com as finalidades de castigar seu responsável, readaptá-lo ao convívio em comunidade e, mediante a intimidação endereçada à sociedade, evitar a prática de novos crimes ou contravenções penais*".

De logo se percebe que a ideia de pena está intimamente atrelada às finalidades buscadas pelo *jus puniendi* estatal. Sem a pretensão de nos estendermos sobre o tema em face dos limites metodológicos deste artigo, é possível afirmar que ao longo da história se conceberam diferentes teorias sobre as finalidades da pena. Dentre elas, apresentaram maior relevância: **(i)** a teoria **absoluta (ou da finalidade retributiva)**, difundida através dos estudos de Wilhelm Friedrich Hegel e Emmanuel Kant, segundo a qual a pena consistiria na justa repressão estatal de um mal causado pelo agente delitivo, sem se preocupar com a função de readaptação social; **(ii)** a teoria **relativa (ou da finalidade preventiva)**, com respaldo em Hans Welzel, Gunther Jakobs e Anselm von Feuerbach, que defendia uma finalidade preventiva para a pena, preocupando-se mais em evitar a prática de novas infrações pelo condenado (prevenção especial) e pela sociedade (prevenção geral); e **(iii)** a teoria **unitária (unificadora ou mista)**, de acordo com a qual a reprimenda penal se presta, concomitantemente, a castigar o criminoso pela sua conduta e a evitar a prática de novos crimes.

Por força do vigente art. 59 do Código Penal⁴³, há certo consenso doutrinário no sentido de que a sanção penal no ordenamento jurídico brasileiro orienta-se pela teoria unitária, ou seja, a pena, entre nós, ostenta as finalidades retributiva e preventiva.

Precisamente no que toca à pena de multa BUSATO (2015, p. 840) leciona que essa espécie de sanção penal teve larga aplicação na antiguidade, ressurgiu na alta Idade Média e passou a ser gradualmente substituída pelo sistema de penas corporais e

⁴³ De acordo com o art. 59 do Código Penal "*O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para **reprovação e prevenção** do crime (...) as penas aplicáveis dentre as cominadas*".

capitais, as quais cederam terreno, por volta do século XVII, às penas privativas de liberdade. BRUNO (1959, p. 73), por sua vez, apresenta relatos do emprego da multa pelo sistema penal romano, tanto como medida de poder de polícia como propriamente de sanção penal, variando do confisco até a multa propriamente dita, enquanto DOTTI (1998, p. 383) esclarece que em Portugal, ou antes mesmo da sua formação, na península ibérica, a multa ostentava estrutura distinta da feição pecuniária atual, cuja essência constitui-se em um pagamento em favor do Estado, despida de qualquer ideia de indenização. Destaca que, naquele período histórico, as multas eram impostas sob as formas de *colúmbia*, para os casos de homicídio, estupro, rapto e roubo; de *coima*, aplicada à hipótese de pequenos furtos, e de *achada*, aos que deixassem animais invadirem a lavoura alheia.

A par de tais considerações de ordem histórica, convém pontuar que, como verdadeira sanção penal que é, a multa está imbuída das mesmas finalidades imanentes às demais espécies penais, quais sejam, a retribuição e a prevenção de novos delitos. Igualmente, se submete aos princípios gerais da legalidade e da anterioridade, reclamando previsão por lei (em sentido formal e material) vigente à data do fato criminoso.

A fundamental distinção que se impõe em relação às penas de privação de liberdade, por demais óbvia, reside precisamente no bem jurídico afligido pelas multas: enquanto aquelas se voltam à restrição da locomoção do indivíduo, atingindo diretamente a sua liberdade, as penas de multa fustigam o patrimônio do agente delitivo. Possuem, pois, acepção eminentemente pecuniária, malgrado a arrecadação de riqueza pelo Estado ou mesmo a indenização pelo dano causado não constituam objetivos dessa espécie sancionatória.

Segundo leciona GRECO (2015, p. 619), "*nos dias de hoje, a pena de multa atende às necessidades atuais de descarcerização, punindo o autor da infração penal com o pagamento de importância determinada pelo juiz, cujo valor deverá obedecer aos limites mínimo e máximo ditados pelo Código Penal*".

Sobre esse aspecto, não se desconfia da asserção de que as sanções pecuniárias assumem, em cenários específicos e quando devidamente empregadas e executadas, feição intimidatória ou dissuasória mais eficaz do que outras modalidades sancionatórias, inclusive do que as penas privativas de liberdade, mormente quando impostas a criminosos menos favorecidos financeiramente.

Noutro giro, igualmente não se pode deixar ao relento o risco, sempre presente, de que as penas de multa, dado o seu baixo grau de pessoalidade, se afigurem iníquas para atingimento das finalidades retributiva e preventiva, ante a possibilidade de que a sanção, no final das contas, não seja suportada efetivamente pelo autor do fato criminoso. Em tempos em que a criminalidade organizada e os aparatos paralelos de poder ganham espaço, essa preocupação revela-se com ainda mais vigor.

FERRAJOLI (2002, p. 34) chama atenção para esse aspecto negativo da pena de multa, sustentando que *"a pena pecuniária é uma pena aberrante sob vários pontos de vista. Sobretudo porque é uma pena impessoal, que qualquer um pode saldar, de forma que resulta duplamente injusta: em relação ao réu, que não a quita e se subtrai, assim, à pena; e em relação ao terceiro, parente ou amigo, que paga e fica, assim, submetido a uma pena por um fato alheio. Ademais, a pena pecuniária é uma pena desigual, ao ser sua formal igualdade bem mais abstrata do que a pena privativa de liberdade. Recai de maneira diversamente aflictiva segundo o patrimônio e, por conseguinte, é fonte de intoleráveis discriminações no plano substancial"*.

Entre nós, ao menos desde o advento do Decreto-Lei nº 2.848/40 (Código Penal), a regulamentação da pena de multa tem se afigurado deveras cambiante, quanto às consequências para o seu inadimplemento e, especialmente, quanto ao modo de execução, circunstância que seguramente constitui fator decisivo para a não assimilação dessa espécie como pena propriamente dita e, conseqüentemente, para a imprecisão técnica do raciocínio que se pretende rebater neste ensaio científico.

Com efeito, a redação originária do art. 38, do Código Penal, previa como consequência para o caso de não pagamento da multa a sua conversão em pena privativa de liberdade, na modalidade de detenção.

A partir da primeira grande reforma da Parte Geral do Código Penal, levada a efeito pela Lei nº 7.209/84, a disciplina da pena de multa foi deslocada para o art. 51 e seguintes, mantendo-se, entretanto, a previsão de convação em pena de detenção, com sucintas alterações na sistemática de conversão.

Posteriormente, com o advento da Lei nº 9.268/96, diante da compreensão de que a multa deveria funcionar como alternativa ao cárcere e que essa função não era satisfatoriamente alcançada pela previsão normativa de conversão em detenção, passou-se a prever, como consequência para o mesmo inadimplemento, a convação da multa em dívida de valor, regida pelas mesmas normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição, a ser exigida por meio de execução.

A absorção de características inerentes à dívida ativa da Fazenda Pública trouxe como implicação a atribuição de legitimidade às Procuradorias fazendárias, nacional e estadual, para a execução das penas de multa criminal (e não apenas das multas tributárias), bem como de competência aos Juízos de Execução Fiscal para o processamento das respectivas execuções.

Com o devido cuidado para não avançarmos sobre o conteúdo dos tópicos posteriores deste trabalho, de logo é possível notar que a inovação legislativa trouxe o

inconveniente de retirar da alçada do Ministério Público, enquanto titular da pretensão punitiva estatal, o controle sobre a efetivação das sanções pecuniárias impostas no bojo da ação penal precedente, atribuindo-o a órgãos estranhos à persecução criminal e cujo mote de atuação, na cobrança de valores inscritos em Dívida Ativa, parte de um juízo de custo-benefício econômico-financeiro.

Em termos mais claros, mesmo que não o tenha feito de forma expressa, a Lei nº 9.268/96 findou por impor às multas penais verdadeira feição arrecadatória, ao passo que atribuiu à Fazenda Pública o juízo de conveniência e oportunidade em executá-las ou não. Por ululante, outro não poderia ser o efeito dessa norma, senão a instauração de uma profunda crise de efetividade das penas de multa criminal, mormente considerando o abismo existente entre os valores irrisórios previstos pela legislação penal e os elevados patamares tidos como minimamente hábeis a justificar uma execução pelas Procuradorias Fazendárias.

Registre-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de forma aparentemente despreocupada com a característica da indisponibilidade da sanção penal, passou a convalidar o malfeito da Lei nº 9.268/96, conferindo legitimidade exclusiva às Procuradorias da Fazenda para executar as penas de multa, entendimento esse que persistiu por longo período.⁴⁴

Essa construção pretoriana, todavia, sofreu uma verdadeira viragem jurisprudencial a partir do julgamento da ADI nº 3150, no bojo da qual o Supremo Tribunal Federal firmou em definitivo a tese de que a Lei nº 9.268/96 não retirou o caráter de sanção criminal inerente à pena de multa, reconhecendo, como consequência dessa premissa, a legitimação prioritária do Ministério Público para a execução da multa penal perante a Vara de Execuções Penais, reservando-a apenas subsidiariamente às Procuradorias da Fazenda Pública, perante as Varas de Execução Fiscal, para o caso de inércia do *Parquet*.

Confira-se, por pertinente, a ementa do julgado:

Execução penal. Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade.
Pena de multa. Legitimidade prioritária do Ministério Público.

⁴⁴ Confira-se, à guisa ilustrativa, o seguinte excerto: "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. LEGITIMIDADE PARA A EXECUÇÃO DA PENA DE MULTA IMPOSTA EM PROCESSO CRIMINAL. ATRIBUIÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA. IMPROVIMENTO. 1. É firme o entendimento desta Corte Superior de Justiça no sentido de que, com o advento da Lei nº 9.268/96, dando nova redação ao artigo 51 do Código Penal, afastou-se do Ministério Público a legitimidade para promover a execução de pena de multa imposta em decorrência de processo criminal. Trata-se, pois, de atribuição da Procuradoria da Fazenda Pública, havendo juízo especializado para a cobrança da dívida, que não o da Vara de Execuções Penais. 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 226.981/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 18/09/2001, DJ 04/02/2002, p. 581)

Necessidade de interpretação conforme. Procedência parcial do pedido. 1. A Lei nº 9.268/1996, ao considerar a multa penal como dívida de valor, não retirou dela o caráter de sanção criminal, que lhe é inerente por força do art. 5º, XLVI, c, da Constituição Federal. 2. Como consequência, a legitimação prioritária para a execução da multa penal é do Ministério Público perante a Vara de Execuções Penais. 3. Por ser também dívida de valor em face do Poder Público, a multa pode ser subsidiariamente cobrada pela Fazenda Pública, na Vara de Execução Fiscal, se o Ministério Público não houver atuado em prazo razoável (90 dias). 4. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga parcialmente procedente para, conferindo interpretação conforme à Constituição ao art. 51 do Código Penal, explicitar que a expressão “aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição”, não exclui a legitimação prioritária do Ministério Público para a cobrança da multa na Vara de Execução Penal. Fixação das seguintes teses: (i) O Ministério Público é o órgão legitimado para promover a execução da pena de multa, perante a Vara de Execução Criminal, observado o procedimento descrito pelos artigos 164 e seguintes da Lei de Execução Penal; (ii) Caso o titular da ação penal, devidamente intimado, não proponha a execução da multa no prazo de 90 (noventa) dias, o Juiz da execução criminal dará ciência do feito ao órgão competente da Fazenda Pública (Federal ou Estadual, conforme o caso) para a respectiva cobrança na própria Vara de Execução Fiscal, com a observância do rito da Lei 6.830/1980. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 3150, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/12/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-170 DIVULG 05-08-2019 PUBLIC 06-08-2019)

Por último, como já não era sem tempo, adveio a Lei nº 13.964/2019, a qual, alinhando-se ao entendimento sufragado em sede de controle abstrato de constitucionalidade pelo STF, consagrou a redação atual do art. 51 do Código Penal, passando a dispor que *“Transitada em julgado a sentença condenatória, **a multa será executada perante o juiz da execução penal** e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição”* (grifo nosso).

Como se nota, num espaço temporal de cerca de 80 (oitenta) anos de vigência do Código Penal brasileiro, diversas foram as soluções buscadas, em nível

legislativo e jurisprudencial, para dar cabo à crise de efetividade da pena de multa em nosso país. Ao que nos parece, apenas agora passa-se a ingressar em um nível confiável de estabilidade, especialmente como denota a notória movimentação no âmbito do Ministério Público brasileiro com vistas a efetivar a execução penal dessa espécie sancionatória.

Digno de lamentação, entretanto, é o fato de que, a despeito da aparente solidificação e harmonização do entendimento entre a mais alta Corte de Justiça do nosso país e o Poder Legislativo, por meio da Lei nº 13.964/2019, a pena de multa continue envolta em um injustificável dilema de identidade, ainda como resquício da feição arrecadatória que durante certo período lhe foi outorgada. E, o que é pior: em um dilema instigado por integrantes do próprio Ministério Público, que insistem em não exercer em sua plenitude a função de titular da pretensão punitiva estatal, e do Poder Judiciário, que teimam em internalizar as finalidades retributiva, preventiva e de pacificação social da pena de multa e, ao fim e ao cabo, da sua própria atuação institucional.

3. DA INAPLICABILIDADE DA LÓGICA ARRECADATÓRIA À EXECUÇÃO DAS PENAS DE MULTA

Consoante declinado nas linhas introdutórias deste estudo, o cumprimento dos programas intervencionistas e assistencialistas instituídos pela Constituição Federal brasileira, de índole marcadamente programática e social, reclama do Estado uma atuação incisiva na lida arrecadatória, com o fim de obter receitas em níveis hábeis a fazer frente às necessidades coletivas e aos custos com a prestação dos serviços públicos a que se propõe.

As lições preliminares de Direito Financeiro apresentadas por LEITE (2016, p. 26) dão conta de que a atividade financeira do Estado, enquanto mecanismo imprescindível para a realização do próprio fim estatal, desenvolve-se através de um ciclo que abarca quatro fenômenos bem delimitados, a saber, as receitas públicas, as despesas públicas, o orçamento público e o crédito público.

No que interessa ao presente ensaio, importa observar que a administração fazendária, quando da efetivação da primeira etapa do ciclo financeiro, qual seja, a da obtenção de receitas públicas, não raramente lança mão de atos de renúncia de receita que, *prima facie*, vão na contramão das crescentes necessidades coletivas. Apenas para situarmos o leitor no caminho que estamos a percorrer, constituem bons exemplos dessa estratégia financeira as dispensas de inscrição e de cobrança de dívidas de pequeno valor.

Com toda evidência, ao adotar tal postura, à primeira vista temerária, tendo em conta os elevados custos da despesa pública, a Fazenda age (pelo menos é o que se espera) amparada em estudos prévios de viabilidade e com olhos fixos, impreterivelmente, em princípios de assento constitucional, notadamente os da eficiência e da economicidade.

Com apoio em DAVID (2010, p. 89), destaca-se que os conceitos de eficiência e economicidade, tão caros ao agir da Administração Pública, mormente da administração fazendária, apresentam evidente sinergia, sendo o primeiro normalmente atrelado a uma função mais ampla de sopesamento entre os custos e resultados sociais da ação estatal, ao passo que a economicidade atua como uma prescrição de que o Estado gaste o mínimo possível para fazer determinados investimentos. No mesmo mote, BINENBOJM (2008, p. 346) esclarece que

O princípio da economicidade, inobstante sua autonomia no texto constitucional, é abrangido pela ideia de eficiência. A economicidade corresponde a uma análise de otimização de custos para os melhores benefícios. A economicidade é, assim, uma das dimensões da eficiência. [...] A eficiência administrativa encerra um vetor para a ação administrativa, devendo ser entendida como a busca da otimização da gestão com vistas à consecução dos melhores resultados com os menores custos possíveis.

Postas essas premissas, é de rigor caminharmos para a ilação de que a dispensa da inscrição e/ou da cobrança de dívidas de pequeno valor pela Fazenda Pública perpassa, necessariamente, por uma análise de custo-benefício ou, com menor rigor científico, por uma ponderação entre ganhar ou perder em termos econômico-financeiros, sempre com vistas ao resguardo da economicidade e, finalisticamente, ao atingimento de uma maior eficiência. O fenômeno é descortinado por PAULSEN (2017, p. 312), ao lecionar que

A inscrição e a cobrança de débitos de pequeno valor revelam-se, por vezes, desinteressantes e antieconômicas para a Fazenda Pública. Como os recursos financeiros e de pessoal são escassos, melhor atende aos princípios da economicidade e da eficiência concentrá-los na inscrição e cobrança de dívidas mais elevadas. Daí a existência de previsões legais estabelecendo limites mínimos para inscrição e execução e determinando o arquivamento das execuções de pequeno valor já existentes até que surjam outros débitos ou que seus acréscimos justifiquem sua retomada. Aliás, há normas determinando que sequer sejam lançados valores diminutos.

Seguindo essa aspiração, vige atualmente em âmbito federal a Portaria nº 75, de 22 de março de 2012, da lavra do Ministério da Fazenda, que dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. O diploma fixa, logo em seu art. 1º, os seguintes limites:

Art. 1º Determinar:

*I - a não inscrição na Dívida Ativa da União de débito de um mesmo devedor com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a **R\$ 1.000,00 (mil reais)**; e*

*II - o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a **R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)**.*

A previsão normativa tem respaldo no art. 5º, do Decreto-Lei nº 1.569/77, o qual estatui que “o Ministro da Fazenda poderá determinar a não inscrição como Dívida Ativa da União ou a sustação da cobrança judicial dos débitos de comprovada inexecutabilidade e de reduzido valor”. Assenta-se, ainda, no art. 65, parágrafo único, da Lei nº 7.799/89, que igualmente autoriza o Ministro da Fazenda a “dispensar a constituição de créditos tributários, a inscrição ou ajuizamento, bem assim determinar o cancelamento de débito de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional, observados os critérios de custos de administração e cobrança”.

Seguindo idêntica lógica, também os Estados editaram, nas suas respectivas circunscrições, disposições normativas que dispensam a inscrição de créditos em Dívida Ativa e a execução de valores específicos, quando os custos para administração e cobrança não representem ganho patrimonial aos cofres públicos.

À guisa ilustrativa, no Estado de Rondônia vige a Lei Estadual nº 1.546/2005, que altera dispositivos da Lei Estadual nº 688/96 e dispõe sobre a dispensa de cobrança executiva de pequenos valores inscritos em Dívida Ativa, assim prevendo o seu art. 2º:

Art. 2º Não serão ajuizados os créditos tributários ou não tributários inscritos em Dívida Ativa cujo valor, acumulado por devedor e por tributo, quando se tratar de Dívida Ativa tributária, ou por devedor e por entidade credora, quando se tratar de Dívida Ativa não tributária, incluídos os encargos moratórios, seja inferior a 10 (dez) UPF/RO.

Até aqui tudo caminha aparentemente bem, porquanto no microsistema que rege a atividade financeira, o balanceamento entre o montante a ser arrecadado e os custos para a arrecadação encontra respaldo em regras e princípios com aptidão suficiente para fornecer uma justificativa razoável à dispensa da execução de dívidas de pequeno valor: em linhas gerais, a finalidade única que se almeja com a atividade executiva, que é o incremento patrimonial aos cofres públicos, não poderá ser alcançada porque os custos para cobrança superam a receita.

O raciocínio, banhado pela racionalidade inerente às ciências exatas, é dotado de uma logicidade tal que eventuais questionamentos sobre o ato de dispensa da execução de créditos não podem incidir sobre a construção lógica propriamente dita, mas tão somente sobre a exatidão do cálculo de custo-benefício, ou seja, sobre a correção do valor definido pela autoridade fazendária como patamar mínimo para justificar os atos de cobrança.

Ilustrativamente, as críticas que são direcionadas à regulamentação consagrada na Portaria MF nº 75/2012 não se direcionam propriamente à dispensa de cobrança de débitos inscritos em Dívida Ativa da União, mas, sim, ao montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) definido como o mínimo a ser executado pelas Procuradorias da Fazenda Nacional.

Igual precisão de raciocínio, entretanto, não se observa no posicionamento que apregoa a necessidade de extinção das execuções de multas criminais, mediante utilização de parâmetros de custo-benefício que são definidos pela Fazenda Pública para emprego no desempenho do seu múnus arrecadatário.

Obviamente, sem a pretensão de esgotar o tema, passamos a discorrer sobre 04 (quatro) razões de cunho técnico-jurídico que reputamos sólidas e suficientes para demonstrar o desacerto dessa tese. Vejamos.

3.1. Da manutenção da natureza penal da multa

O primeiro dos argumentos é embebido de uma obviedade tamanha, que sequer necessitaria ser trazido a lume, estivéssemos nós em um país em que o Direito Penal e a atividade persecutória criminal fossem encarados com um mínimo de seriedade e transitassem livres de teorias oportunistas, que muito mais se prestam a evidenciar os interesses dos seus defensores, do que propriamente a entregar contributo relevante ao aprimoramento científico da matéria penal.

Ora, defender a extinção das execuções de penas de multa de baixo valor com base em parâmetro firmado pela Fazenda Pública para atuação na seara fiscal/arrecadatória implica, simplesmente, atropelar uma noção basilar aos operadores do Direito Penal, qual seja, a de que a pena de multa, malgrado convolada em dívida de valor e inscrita em Dívida Ativa, nos moldes do art. 51, do Código Penal, não tem desnaturada a sua condição de pena propriamente dita e, por consectário lógico, não deixa de ostentar as finalidades retributiva e preventiva que são ínsitas à sua natureza.

A propósito da obviedade dessa afirmação, vale o destaque para o fato de que a própria Portaria MF nº 75/2012, ao definir, no art. 1º, os parâmetros para a dispensa de execução de dívidas pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, apressou-se em fazer

expressa ressalva, logo no §1º do mesmo dispositivo, no sentido de que *“Os limites estabelecidos no caput não se aplicam quando se tratar de débitos decorrentes de aplicação de multa criminal”*.

Registre-se que a posição aqui defendida, inclusive, serviu como fundamento primevo durante o julgamento da ADI nº 3.150, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja ementa já restou transcrita em linhas anteriores, às quais remetemos o leitor com o fim de evitar repetições desnecessárias.

Por ora, merecem transcrição as criteriosas razões externadas pelo Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto, que findou prevalecendo sobre o posicionamento do Relator originário do processo e formando maioria para a decisão sobre a manutenção do caráter de sanção criminal da pena de multa. Ao discorrer sobre as alterações impostas ao art. 51, do Código Penal, pela Lei nº 9.268/96, o Ministro assim se manifestou:

(...) 11. A referida modificação legislativa não retirou da multa o seu caráter de pena, de sanção criminal. O objetivo da alteração legal foi simplesmente evitar a conversão da multa em detenção, em observância à proporcionalidade da resposta penal, e para “facilitar a cobrança da multa criminal, afastando obstáculos que, presentemente, têm conduzido à prescrição essa modalidade de sanção” (Exposição de Motivos nº 288, de 12 de julho de 1995, do Ministro da Justiça).

12. Em rigor, a alteração legislativa nem sequer poderia cogitar de retirar da sanção pecuniária o seu caráter de resposta penal, uma vez que o art. 5º, XLVI, da Constituição, ao cuidar da individualização da pena, faz menção expressa à multa, ao lado da privação da liberdade e de outras modalidades de sanção penal. Coerentemente, o art. 32 do Código Penal, ao contemplar as espécies de pena, listou expressamente a multa (art. 32, III).

13. Veja-se, ainda, que a execução da pena de multa fica suspensa, “se sobrevém ao condenado doença mental” (art. 52 do CP 3). Se fosse mera dívida de natureza civil não seria possível falar em suspensão da execução, como determina a lei penal. Note-se, também, que o art. 36, § 2º, do Código Penal e o art. 118, § 1º, da Lei de Execução Penal 4 estabelecem a regressão de regime para o condenado que não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta. Tais previsões não deixam nenhuma dúvida acerca da natureza essencialmente penal da sanção pecuniária.

14. Como tenho sustentado em diversas manifestações, o sistema punitivo no Brasil encontra-se desarrumado. E cabe ao Supremo Tribunal Federal, nos limites de sua competência, contribuir para sua reestruturação. Nas circunstâncias brasileiras, o direito penal deve ser moderado, mas sério. Moderado significa evitar a expansão desmedida do seu alcance, seja pelo excesso de tipificações, seja pela exacerbação desproporcional de penas. Sério significa que sua aplicação deve ser efetiva, de modo a desempenhar o papel dissuasório da criminalidade, que é da sua essência.

15. Em matéria de criminalidade econômica, a pena de multa há de desempenhar papel proeminente. Mais até do que a pena de prisão – que, nas condições atuais, é relativamente breve e não é capaz de promover a ressocialização –, cabe à multa o papel retributivo e preventivo geral da pena, desestimulando, no próprio infrator ou em infratores potenciais, a conduta estigmatizada pela legislação penal. (...)

16. Foi com base nas premissas até aqui desenvolvidas que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da EP 12-AgR, de minha relatoria (Sessão de 08.04.2015), chegou às seguintes conclusões: (i) a pena de multa não perdeu o seu caráter de sanção penal; (ii) em matéria de criminalidade econômica, a pena de multa desempenha um papel proeminente de prevenção específica, prevenção geral e retribuição; e (iii) como consequência, a multa deve ser fixada com seriedade, proporcionalidade e, sobretudo, deve ser efetivamente paga.

De rigor, portanto, a conclusão de que as finalidades retributiva e preventiva da pena de multa mantêm-se híidas, a despeito da imposição legal de convolação em dívida de valor e inscrição em Dívida Ativa da Fazenda Pública, de sorte que a tais finalidades não podem se sobrepor raciocínios meramente arrecadatórios levados a efeito pela administração fazendária com o afã de obtenção de receitas. Outra conclusão, aliás, significaria admitir que os órgãos agentes da persecução criminal transacionassem com bens jurídicos e interesses dos quais efetivamente não são titulares, consoante explicitaremos melhor em tópico posterior.

3.2. Da legitimidade prioritária do Ministério Público para execução

É consabido que o Ministério Público é *“instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime*

democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, *caput*, da Constituição Federal).

Como ferramenta imprescindível ao regular exercício dessas missões institucionais, a Constituição Federal erigiu o Ministério Público à condição de titular da pretensão punitiva estatal (*dominus litis*), ao incumbir-lhe da função de promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei (art. 129, inciso I). Igual atribuição consta, ainda, nos arts. 100, §1º, do Código Penal, e 257, inciso I, do Código de Processo Penal.

Noutro giro, o art. 67, da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), impõe ao Ministério Público o dever de fiscalizar a execução da pena, incumbência que é ratificada pelo art. 38, inciso I, da Lei Complementar nº 75/1993 (Lei orgânica do Ministério Público Federal).

De todo esse acervo normativo, portanto, é possível extrair, com grau de certeza, a legitimidade do Ministério Público para perseguir a plena efetivação das penas de multa fixadas em sentença penal condenatória, mormente partindo da premissa de que estamos a tratar de uma sanção propriamente dita, nos termos do que já foi exposto alhures.

Aliás, conforme também já exposto em linhas pretéritas, a subtração de legitimidade ao Ministério Público para conferi-la às Procuradorias da Fazenda, em relação à execução das penas de multa, foi uma interpretação que prevaleceu durante certo tempo após o advento da Lei nº 9.268/96, inclusive com respaldo jurisprudencial, circunstância que indubitavelmente representou fator decisivo para o agravamento das crises de efetividade e de identidade que afligiram (e até hoje afligem) a pena de multa.

Felizmente, as compreensões atuais das duas mais altas Cortes de Justiça do nosso país (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) encontram-se alinhadas quanto à confirmação da legitimidade prioritária do Ministério Público para a execução das penas de multa, perante os Juízos de Execução Penal. O posicionamento, frise-se, ganhou ares de estabilidade com o advento da Lei nº 13.964/2019, que conferiu nova redação ao art. 51, do Código Penal exatamente com o fito de preservar a atribuição de legitimidade prioritária ao *Parquet*.

Mais uma vez, calha trazer à colação as precisas lições do Ministro Luís Roberto Barroso por ocasião da prolação do voto vencedor no julgamento da ADI nº 3.150. Sobre o ponto em foco neste tópico, o Ministro esclareceu o seguinte:

19. Nessas condições, ainda que convertida a pena de multa em dívida de valor, não vejo como deixar de reconhecer ao titular da

ação penal a legitimidade para a respectiva execução, justamente na terceira, e última, etapa de individualização da reprimenda. Sabido que “o processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executório ou administrativo” (HC 97.256, Rel. Min. Ayres Britto, Plenário).

20. Coerentemente com o perfil institucional do Ministério Público, a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984) disciplina de modo expresse e analítico a cobrança da pena de multa, nos arts. 164 a 170. E a atribuição de tal procedimento à iniciativa do Ministério Público encontra-se taxativamente prevista no art. 164 (...).

21. A Lei de Execução Penal prevê, ainda, a penhora de bens (art. 164, §§ 1º e 2º), o desconto em folha (art. 168) e o parcelamento da multa em prestações (art. 169). Tudo na Vara de Execução Penal, “em autos apartados” (art. 164, caput). Significa dizer que o órgão legitimado inclusive para requerer medidas assecuratórias à execução da pena de multa é o Ministério Público (REsp 1.275.834, Rel. Min. Ericson Marinho, Sexta Turma do STJ).

22. Além da natureza essencial de pena, o que por si só já justificaria a atuação prioritária do Ministério Público, os arts. 164 a 170 da LEP não foram revogados pela Lei nº 9.268/1996 ou por qualquer outro diploma normativo. De modo que permanece em vigor previsão legal expressa a conferir titularidade ao Ministério Público para a cobrança da multa. A linha adotada neste voto conta com o apoio doutrinário de inúmeros autores que incluem, além dos já citados Damásio Evangelista de Jesus, Júlio Fabbrini Mirabete e Guilherme de Souza Nucci, também Celso Delmanto e Cezar Roberto Bittencourt (...).

Destarte, é ponto fora de discussão que o reconhecimento da legitimidade do Ministério Público, prioritariamente em relação às Procuradorias da Fazenda, para a execução das penas de multa, em substituição a um entendimento que absurdamente chegou a ser prevalente em um passado não muito distante, constitui mais um fundamento válido de convencimento acerca da necessidade de aplicarem-se à execução das sanções pecuniárias raciocínios que efetivamente respeitem a sua condição de penas propriamente ditas e, mais veementemente, que preservem as finalidades inatas às penas e ao Direito Penal como um todo.

3.3. Do adimplemento da multa como pressuposto à extinção da punibilidade

Da asserção de que a pena de multa não se desnatura, mesmo quando convertida em dívida de valor e inscrita em Dívida Ativa da Fazenda Pública, decorre mais um consectário lógico: o adimplemento da sanção pecuniária em sua integralidade constitui pressuposto intransponível à declaração da extinção da punibilidade do fato criminoso.

Ora, se de pena efetivamente estamos tratando, nada mais lógico e razoável que a ela seja estendido tratamento igual ao que se reserva às demais espécies sancionatórias, a exemplo das privativas de liberdade, na exata medida das suas igualdades. Essa isonomia substancial entre as sanções penais, pois, impõe que, sendo o cumprimento integral das penas privativas de liberdade um pressuposto para a declaração de extinção da punibilidade, igual conclusão deve ser aplicada à sanção pecuniária, considerando que não há qualquer fator desigualador que justifique tratamento diferenciado nesse ponto.

Essa conclusão, aliás, se alinha ao posicionamento mais recente da jurisprudência pátria, consoante deflui do seguinte excerto:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO PENAL. REVISÃO DE TESE. TEMA 931. CUMPRIMENTO DA SANÇÃO CORPORAL. PENDÊNCIA DA PENA DE MULTA. CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE OU DE RESTRITIVA DE DIREITOS SUBSTITUTIVA. INADIMPLEMENTO DA PENA DE MULTA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. COMPREENSÃO FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DA ADI N. 3.150/DF. MANUTENÇÃO DO CARÁTER DE SANÇÃO CRIMINAL DA PENA DE MULTA. PRIMAZIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA EXECUÇÃO DA SANÇÃO PECUNIÁRIA. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA DO ART. 51 DO CÓDIGO PENAL. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na ocasião do julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia n. 1.519.777/SP (REsp n. 1.519.777/SP, Rel. Ministro Rogério Schietti, 3ª S., DJe 10/9/2015), assentou a tese de que "[n]os casos em que haja condenação a pena privativa de liberdade e multa, cumprida a primeira (ou a restritiva de direitos que eventualmente a tenha substituído), o inadimplemento da sanção pecuniária não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade".

2. Entretanto, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.150 (Rel. Ministro Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe-170 divulg. 5/8/2019 public. 6/8/2019), o Pretório Excelso firmou o entendimento de que a alteração do art. 51 do Código Penal, promovida Lei n. 9.268/1996, não retirou o caráter de sanção criminal da pena de multa, de modo que a primazia para sua execução incumbe ao Ministério Público e o seu inadimplemento obsta a extinção da punibilidade do apenado. Tal compreensão foi posteriormente sintetizada em nova alteração do referido dispositivo legal, levada a cabo pela Lei n. 13.964/2019.

3. Recurso especial não provido para manter os efeitos do acórdão que reconheceu a necessidade do integral pagamento da pena de multa para fins de reconhecimento da extinção da punibilidade, e acolher a tese segundo a qual, na hipótese de condenação concomitante a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, ProAfr no REsp 1785861/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 20/10/2020, DJe 02/12/2020). Grifo acrescido.

No ponto, reputamos válido abrir breve aparte para refutar, peremptoriamente, qualquer pretensão de aplicação da teoria do adimplemento substancial, como subterfúgio para banalização da pena de multa, já tão fustigada por raciocínios da estirpe do que se discute neste trabalho.

A uma, porque a teoria ostenta índole eminentemente privatista e, portanto, destina-se a solucionar problemas de ordem obrigacional, regidos por uma lógica completamente incompatível com a ideia de sanção penal e suas finalidades.

A duas, porque tal tese, ao menos na esfera penal, ainda mantém o seu *status* de mera teoria, eis que carece de positivação legal, o que constitui efetivo óbice à sua aplicação, ainda que com fundamento na analogia *in bona partem*. Isso porque, como se sabe, a analogia é instrumento de integração do Direito, próprio para a colmatação de lacunas, as quais inexistem no campo do direito criminal, especificamente nesse ponto. É que nesta seara já há atribuição de legitimação a atores pré-definidos para que, mediante um juízo de conveniência e oportunidade, deliberem sobre a dispensa do cumprimento de penas de qualquer natureza, lançando mão de institutos como o indulto, a graça, a anistia e a comutação de penas.

Portanto, por qualquer ângulo que se encare a questão, a impossibilidade de extinção da punibilidade do fato criminoso, enquanto não saldada a pena de multa pelo pagamento ou por algum dos institutos referidos no parágrafo anterior, constitui mais um argumento sólido para refutar a tese que propaga a viabilidade da extinção das execuções penais com base em parâmetros de pequeno valor definidos pela Fazenda Pública.

3.4. Da indisponibilidade da persecução penal

Por derradeiro, cremos que a pretensão de extinção das penas de multa de baixo valor esbarra em um último óbice, igualmente óbvio: o necessário atendimento ao preceito da indisponibilidade da pretensão punitiva (aqui encarada em sentido amplo, para abranger a pretensão executória) por parte do Ministério Público.

Em que pese o princípio da indisponibilidade seja analisado em doutrina, com certa persistência, restringindo-o ao viés da obrigatoriedade de propositura da ação penal ou da impossibilidade de desistência recursal, tal exame limitado se faz, muito possivelmente, em razão de apenas haver previsões legais expressas sobre a indisponibilidade quanto a essas duas etapas da persecução criminal.

Com efeito, diversos são os exemplos extraídos da legislação processual penal brasileira costumeiramente apontados em doutrina como consagrações dessa indisponibilidade. Dentre outros, destacam-se: (i) o art. 28, do Código de Processo Penal, que prevê a revisão da proposta de arquivamento formulada pelo Promotor de Justiça; (ii) o art. 42, do Código de Processo Penal, que consagra de maneira expressa o princípio da indisponibilidade quando veda que o Ministério Público desista da ação; (iii) o art. 572, do Código de Processo Penal, que lhe proíbe a desistência do recurso; (iv) o art. 385, do Código de Processo Penal, que faculta ao Juiz, no processo dos crimes de ação pública, proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público entenda ser caso de absolvição.

Nada obstante, é certo que a indisponibilidade, muito além disso, deve ser encarada sob uma feição ampla (não restritiva), de modo a albergar, também e com muito mais razão, a etapa executiva da persecução criminal.

Primeiro, porque o fundamento que anima a previsão de regras de indisponibilidade para as etapas anteriores da persecução penal não sofre qualquer mutação com a passagem para a etapa executiva. Se o Ministério Público não pode dispor da ação penal ou desistir de um recurso, simplesmente porque atua como substituto processual, na defesa de interesses pertencentes à sociedade (e não à própria instituição), com muito mais razão não poderá dispor de uma sanção penal já alicerçada em sentença penal condenatória definitiva, justamente porque tal pena não lhe pertence.

Segundo, porque, quando quis mitigar a indisponibilidade da execução penal, a lei penal o fez expressamente, por meio da previsão do instituto da suspensão condicional da pena, autorizando não só a sua aplicação na etapa de conhecimento da lide penal, pelo Juiz sentenciante ou pelo Tribunal, na forma 77 e seguintes do Código Penal, como também pelo juízo da execução penal, na forma do art. 66, inciso III, alínea "a", e dos arts. 156 e seguintes, da Lei de Execução Penal.

Não bastasse isso, é de se ponderar que a extinção prematura da execução penal de multas de baixo valor incorre, ainda, em outro inconveniente, que consiste no desrespeito à coisa julgada material. Não se pode descuidar, pois, de que a execução penal repousa em um título executivo judicial definitivo, validamente constituído a partir de um processo no bojo do qual ambas as partes (e não apenas o réu) puderam exercer as suas respectivas pretensões, inclusive a de impugnar o valor da multa, caso assim entendessem pertinente.

Por óbvio, se não o fez em tempo e modo oportunos, não pode o titular da pretensão punitiva estatal manifestar agora, somente na fase executiva, a sua insatisfação com a irrisoriedade do valor imposto a título de sanção pecuniária e, o que é pior, fazê-lo da forma mais perniciosa possível, ou seja, dispondo por completo daquela sanção que, baixa ou alta, permanece sendo sanção e, por conseguinte, deve ser executada.

A mesma observação se direciona aos membros do Poder Judiciário que caminham em idêntico sentido de banalização das penas pecuniárias. A esse respeito, aliás, é pertinente a lição de NUCCI (2020, p. 600), ao discorrer sobre os critérios para fixação da pena de multa:

Não se pode esquecer o peculiar fator determinado pela lei para a fixação da pena de multa: o magistrado deve atentar *principalmente* para a situação econômica do réu (art. 60, *caput*, CP). Verificando-se que a sua situação financeira é consistente e elevada, deverá ter o valor de cada dia-multa estabelecido em valores superiores a um trigésimo do salário mínimo. Se, feito isso, continuar insuficiente, pode o juiz elevar o número de dias-multa. O mais relevante é que a sanção pecuniária tenha repercussão considerável no patrimônio do condenado. Não se compreende a razão pela qual haja, atualmente, tanto descuido para a fixação da pena de multa, tratando o julgador, por vezes, com minúcia da pena privativa de liberdade e *padronizando* a multa em "10 dias-multa, calculado cada dia no mínimo legal".

Daí a afirmarmos que o pressuposto do qual se deve partir é o de que, por ocasião da imposição da pena de multa, foram valorados todos os aspectos imprescindíveis

à efetivação das finalidades da pena, em especial o seu efeito dissuasório em relação ao apenado. Eventual desleixo por ocasião da dosimetria, ou até mesmo a compreensão atual do Promotor de Justiça e do Juiz da Execução Penal (naturalmente influenciada pelas suas próprias lentes) quanto à inutilidade da sanção pecuniária, não podem servir como subterfúgio para que se socorram de argumentos quaisquer com o fim de dar cabo da execução penal e fazer menoscabo da coisa julgada.

Isso tudo sem falarmos no desprezo total e irrestrito que esse posicionamento impõe à movimentação da máquina pública já levada a efeito até que se chegasse à etapa executória, aí incluídas as atuações das polícias, da Defensoria Pública (eventualmente), do Ministério Público e do Poder Judiciário, em todas as suas instâncias. Ora, se o raciocínio que se faz é o de custo-benefício econômico-financeiro, atribuindo-se tamanha relevância aos gastos que advirão da execução da pena de multa, o mínimo que se deve fazer é atentar, com o fito de evitar desperdícios, para os elevados custos que já foram realizados com a investigação criminal, com o processamento da ação penal e com as subsequentes interposições recursais.

A julgar por esse raciocínio, sequer a persecução criminal deveria ser deflagrada, porque naturalmente envolve custos elevados para o Estado. Certamente os defensores desse raciocínio assim não agem por força do princípio da indisponibilidade da ação penal. E se assim é, nenhuma razão lógica existe para que, chegado o momento da execução penal, simplesmente dela se prescindia, sob a alegação de que levá-la adiante acarretaria prejuízo financeiro ao Estado.

Questiona-se, a propósito, a razão pela qual igual raciocínio não é aplicado às penas privativas de liberdade, quando se sabe que a execução das penas prisionais acarreta custos notoriamente altos aos cofres públicos. Ao que parece, há, por parte dos defensores desse entendimento, o depósito de maior confiança na eficácia das penas privativas de liberdade, o que mais uma vez evidencia a internalização da banalização das penas de multa.

Ora, ainda que visivelmente não atentem para isso, a lógica que vige para as sanções privativas de liberdade é exatamente a mesma que opera em relação às penas de multa: há uma pena (e disso não se pode descuidar jamais) de cuja execução poderão advir ônus financeiros ao Estado, circunstância essa que, em absoluto, não determina (e tampouco recomenda) a sua eliminação e o conseqüente sacrifício das finalidades retributiva e preventiva que a impregnam.

O dispêndio de valores por parte do Estado para a manutenção da paz e segurança públicas é inerente à sua condição de garantidor da pacificação social e, com toda evidência, não pode ser encarado ao revés dessa lógica, ou seja, como fundamento para que o Estado se exima do cumprimento do seu dever.

Por todos esses fundamentos, concluímos que a indisponibilidade da persecução penal (o que abrange naturalmente a indisponibilidade da execução penal e da sanção penal respectiva), constitui mais um argumento sólido para refutar o posicionamento que apregoa a extinção, prematura e inconcebível, das execuções de penas de multa de baixo valor.

4. UMA ABORDAGEM SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Certamente incorreríamos em pecado capital caso abordássemos a temática ora em debate sem nos socorrer, ainda que brevemente, da leitura do Direito Penal sob o viés econômico e, conseqüentemente, sem atrair para este ensaio pontuações, por mais sucintas que sejam, sobre a necessária análise da relação de custo-benefício na execução das penas de multa, já que estamos aqui a rebater posicionamento que se fia basicamente por essa lógica, sob o prisma enviesado da atividade arrecadatória estatal.

Com efeito, a Análise Econômica do Direito (AED), em especial do Direito Penal, empresta relevante contributo ao presente debate, no ponto em que propõe uma leitura das regras jurídicas a partir dos seus efeitos de estímulo e das mudanças de comportamento das pessoas em resposta a tais regras. Na lição de RAMOS (2021, p. 44), a abordagem *juseconômica*

(...) passa pela premissa de que os agentes respondem a incentivos e se valem de escolhas, mensurando os custos e benefícios com o estabelecimento de um equilíbrio entre eles, com o objetivo de maximizar aquilo que lhe proporciona maior bem-estar. As teorias econômicas se esforçam para prever as reações humanas e como a alteração na estrutura dos incentivos pode alterar o comportamento dos agentes. (...) Desta forma, a metodologia é eminentemente comportamental, dissociando-se da visão mínima de que a Análise Econômica é exclusivamente a análise de números, lucros, juros e perspectivas de Mercado. Isto significa abarcar a possibilidade de análise de toda a ação humana que envolva a realização de uma escolha (ainda que não econômica): o ato de escolher envolve o sopesamento de possibilidades, um julgamento pelo qual influenciam inúmeras variáveis apreensíveis pela Análise Econômica.

Nessa perspectiva entregue pela análise econômica do direito, a ideia de sanção penal (aí incluída a pena de multa) equipara-se, em certa escala, ao conceito de preço, diante da percepção de que os indivíduos reagem aos maiores preços optando por não efetuar determinada transação ou por modificarem seu padrão de consumo em face

da certeza de opções com melhor custo-benefício, da mesma forma que poderão repensar suas atitudes ilegais diante da certeza da aplicação de uma sanção penal⁴⁵.

Trata-se de uma leitura metafórica e de alto teor didático acerca do efeito dissuasório da sanção penal, que, partindo de uma lógica de custo-benefício, descortina a ideia geral de que o indivíduo apenas será seduzido pelo crime se o preço a ser pago (pena) revelar-se inferior ou insignificante em relação ao ganho esperado. Cuida-se, portanto, de emprestar ao fenômeno criminológico uma perspectiva racional, típica das ciências econômicas.

A importância dessa perspectiva para o presente estudo exurge a partir da percepção de que igual raciocínio deve ser aplicado quando investigamos a imposição das sanções penais sob a ótica do Estado, no desempenho do seu mister persecutório criminal. Aliás, é este, precisamente, o *locus* em que pretendemos acomodar este trabalho.

Isso porque, ao fustigarem a execução penal das multas de pequeno valor com base em argumentos de cariz arrecadatário, os defensores dessa tese se valem exatamente de uma análise de custo-benefício entre o dispêndio para a movimentação da máquina pública, de um lado, e o proveito a ser obtido em caso de adimplemento da multa penal, de outro.

Por óbvio, nenhum repúdio se faz contra a pretensão de revisitar criticamente o Direito Penal e a sua aplicação em concreto. A inquietude e a desconfiança científica são apanágios inatos aos melhores operadores do Direito, fundamentais à evolução do pensamento jurídico. Não se descuida, pois, de que é salutar o exercício da crítica ao Direito Penal e, especialmente, da autocrítica, para os agentes investidos nas funções de persecução criminal.

Igualmente não se despreza a relevância de levar a efeito uma análise econômica do Direito Penal e das penas de multa e, especialmente, da serventia de voltar os olhos para a relação de custo-benefício na execução dessa espécie de sanção. Não fosse assim, razão alguma haveria para a abertura do presente tópico.

O problema do raciocínio, em absoluto, não incide sobre o agir crítico. Diferente disso, o embaraço repousa em eleger equivocadamente a vantagem que deve ser sopesada nesse exercício de racionalização do *jus puniendi* estatal ou, de forma mais direta, reside em representar erradamente o benefício que o Estado persegue com a imposição das penas de multa.

45 RAMOS, *Op. cit.*, p. 44-45.

Consoante já largamente exposto nos tópicos precedentes, doutrina e jurisprudência pátrias são assentes no sentido de que a sanção pecuniária, ainda que convertida em dívida de valor e inscrita em Dívida Ativa da Fazenda Pública, não perde o seu caráter de sanção penal propriamente dita, banhada, portanto, das finalidades retributiva e preventiva. Disso deflui que, na análise da relação de custo-benefício da pena de multa, o benefício a ser ponderado nada tem a ver com o ganho financeiro do Estado.

A lição de ZAFFARONI e PIERANGELI (2011, p. 696/697) a esse respeito é precisa:

Na sua forma atual, a multa importa na obrigação de pagar uma soma em dinheiro ao Estado, com característica de pena, isto é, com um sentido de **perda de um bem jurídico** a título de **contramotivação** para o condenado (...) A multa penal, ou seja, a multa como pena, não perde, nunca, este seu caráter, pelo que conserva a sua principal função preventiva. (Grifos acrescentados)

De toda essa construção teórica, portanto, resulta imperioso o desenlace de que a relação custo-benefício da pena de multa não deve ser processada sob a lógica do *quantum* financeiro a ser dispendido pelo Estado com sua execução, em contraposição ao montante a ser arrecadado. Diferente disso, na busca pela atribuição de protagonismo à vantagem a ser obtida com a execução das penas de multa, é preciso ter como norte o alcance da retribuição pelo injusto praticado, da prevenção à prática de novos delitos e, a partir disso, da pacificação social.

Em termos mais claros, o caminho escorreito não está em perquirir se o valor da pena é suficiente para gerar benefício financeiro ao Estado, mas em perscrutar se esse valor é necessário, adequado e suficiente para viabilizar os fins de expiação do criminoso e de dissuasão da prática de novos delitos. O aspecto fiscal/arrecadatário é fator verdadeiramente irrelevante quando estamos a tratar da execução de uma multa criminal, mesmo sob uma análise econômica do Direito.

A propósito, não podemos deixar de registrar a nossa clara sensação de que, mesmo incorrendo em imprecisão técnico-jurídica para eleger a via argumentativa correta, muitos dos que se valem do raciocínio que conduz à extinção das execuções de penas de multa de pequena monta escoram-se exatamente na premissa de que a irrisoriedade dos valores dessas sanções impossibilita atingir qualquer fim útil.

Quando realizam o juízo de ponderação sobre o custo-benefício em prosseguir com a execução e se convencem da inutilidade da continuação em razão do baixo valor, tais operadores raramente se dão conta de que, em verdade, implícita ou

inconscientemente, são levados a essa conclusão justamente por entenderem que a multa não se revela suficiente para atender às finalidades retributiva e preventiva da pena.

No afã de protestar pela evidente ineficácia das penas de multa fixadas em valores irrisórios, se apegam de forma imponderada a um argumento de ordem fiscal ou arrecadatória para sustentar a inconveniência do prosseguimento da execução, quando, em verdade, desejam gritar aos quatro cantos que a execução daquela mísera pena não servirá para coisa alguma, nem mesmo para gerar um secundário e não perseguido acúmulo de riqueza ao Estado.

Por isso mesmo é que temos chamado atenção para a conclusão de que o momento oportuno para exercer um juízo de razoabilidade ou proporcionalidade sobre o valor da pena de multa não é o da execução penal (pretensão executória), e sim o da imposição da pena (pretensão punitiva) ou, com ainda mais razão, o da sua cominação legal no preceito secundário do tipo penal incriminador (pretensão intimidatória), exercida no plano abstrato pelo legislador.

Se é certo que a sanção de multa ocupa posição destacada no atual cenário do sistema penal, por ostentar feição pecuniária e funcionar como alternativa ao cárcere, é igualmente certo que, há muito, está caducando a necessidade de revisão geral dos montantes cominados pela lei penal. A manutenção da pena de multa em patamares ínfimos apenas se presta à perpetuação dos argumentos de banalização dessa espécie sancionatória e, o que é pior, à sua consolidação como mera ficção, verdadeiro faz de contas no combate à criminalidade.

5. UMA ABORDAGEM À LUZ DO GARANTISMO PENAL INTEGRAL

Ainda que nos esforcemos para não crer em tamanho despautério, não podemos desprezar a possibilidade de que o menoscabo à sanção pecuniária, à execução penal, à coisa julgada material e à atividade persecutória criminal, posto em evidência pelo raciocínio repudiado neste ensaio científico, decorra do lamentável desvirtuamento que se impõe em tempos atuais e, especialmente, em terras tupiniquins, à doutrina do garantismo penal.

Deveras, é com pesar que observamos, entre nós, um movimento ascendente de vulgarização dessa relevante construção teórica cunhada por LUIGI FERRAJOLI. Lamentavelmente, o garantismo penal tornou-se lugar comum no qual são, rotineira e inadvertidamente, alocados todos os “juristas” ou raciocínios jurídicos que se posicionam exclusivamente em favor do réu no processo criminal e, ao fim e ao cabo, se prestam como pano de fundo à garantia da irresponsabilidade penal.

Em termos mais claros, a *praxis* jurídica tem evidenciado o emprego do termo “garantista” com o fim de identificar, invariavelmente, o operador do direito ou o pensamento jurídico que tenda a acolher posições demasiadamente benéficas ao ofensor, razoáveis ou não, como consagração do que FISCHER (2017, p. 69) denominou de garantismo penal monocular e hiperbólico. Vejamos:

Com efeito, e na linha do que já foi dito, têm-se encontrado reiteradas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais em que há simples referência aos ditames do garantismo penal ou da doutrina de garantias, sem que se veja nelas a assimilação, na essência, de qual a extensão e quais os critérios da aplicação das bases teóricas invocadas. Em muitas situações, ainda, há (pelo menos alguma) distorção dos reais pilares fundantes da doutrina de Luigi Ferrajoli (quicá pela compreensão não integral dos seus postulados). Daí que falamos, em nossa crítica, que se tem difundido um garantismo penal unicamente monocular e hiperbólico: evidencia-se desproporcionalmente e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos que se vêem investigados, processados ou condenados. Jamais propusemos ou proporemos a desconsideração dos direitos fundamentais individuais previstos na Constituição. Não é disso que se trata. Quer-se, unicamente, uma visão sistêmica do Direito, para além de visualizar exclusivamente direitos individuais.

Tornou-se comum avistar a movimentação de operadores do Direito que, imponderadamente ou não, movidos por interesses nem sempre republicanos, se apropriam do garantismo penal para buscar soluções que privilegiam, em larga medida, os indivíduos submetidos à persecução criminal, em total desprezo a interesses outros que são igualmente relevantes e dignos de especial tutela sob os auspícios da teoria garantista, dos quais são expoentes a dignidade da pessoa humana vítima de um delito e os bens jurídicos titularizados pela coletividade, tais como a paz, a incolumidade e a segurança públicas.

Aliás, a só leitura dos clássicos axiomas sufragados pelo garantismo penal de FERRAJOLI já deixam antever que a finalidade perseguida por essa doutrina é a de resguardar a efetivação de um Direito Penal (aqui entendido em suas acepções material e processual) justo e necessário, e não a de consagrar posições subjetivas, irrazoável e desproporcionalmente favoráveis ao sujeito que cometeu um crime.

Por sorte, tais argumentos, seja pela sua intrínseca fragilidade, seja pela ineficaz estratégia de desfaçatez quanto aos seus fins, sucumbem diante de uma análise

realista e integralmente garantista do Direito Penal. Partilhamos, pois, da análise feita por SOUZA (2018, p. 198), para quem

A análise dos fatos concretos é suficiente para que qualquer indivíduo dotado de mínima inteligência perceba a desventura dos caminhos trilhados por meio de uma visão de mundo garantista, atraente na teoria, mas que, na prática, garante mesmo apenas o crime e sua prosperidade, em um círculo vicioso de tal forma arraigada na cultura em geral, que hoje causas e efeitos são quase indiscerníveis.

A partir dessa construção, afirmamos, sem receios, que, se é esse o cariz que soergue o posicionamento pela extinção das execuções de penas de multa de baixo valor, ou seja, se o operador que trilha esse caminho assim age por se autointitular garantista, com toda obviedade incorre em desmedido e copioso equívoco teórico, por buscar no garantismo penal uma resposta que inegavelmente dele não deflui.

Mais do que isso, rende-se (ainda que inconscientemente) a uma onda de desonestidade intelectual, típica de uma ideologia que manipula o complexo de normas jurídicas de forma invariavelmente arbitrária e destinada a uma finalidade pragmática bem delimitada: a irresponsabilidade penal, não raras vezes alcançada mediante atribuição de protagonismo excessivo ao réu e de descrédito à atuação estatal na proteção de bens jurídicos e interesses imanentes à coletividade.

CONCLUSÃO

Após detidas reflexões sobre a natureza jurídica das penas de multa e, mais largamente, sobre as finalidades perseguidas pelo Estado ao lançar mão de sanções dessa natureza, outra conclusão não reputamos possível, senão a de que incorre em completo equívoco o posicionamento que sustenta a necessidade de extinção das execuções penais de multas de baixo valor, com amparo em uma lógica eminentemente arrecadatória, levada a efeito pela Fazenda Pública no desempenho da sua atividade financeira, mais precisamente, no ciclo de obtenção de receitas.

Trilhar o caminho que ora repudiamos implica ingressar no terreno temerário da banalização das penas de multa, da invalidação do próprio Direito Penal como instrumento de controle social e, ao fim e ao cabo, da deslegitimação do agir estatal no mister de pacificação social, notoriamente por se desconsiderar a premissa inafastável de que essas sanções pecuniárias, como penas propriamente ditas que são, não se prestam a conferir ganho patrimonial aos cofres públicos, mas, sim, a afligir o autor de um fato criminoso e dissuadir, a ele e à comunidade em geral, da prática de novos delitos.

Conclusões que se perfilam ao posicionamento defendido neste trabalho, frise-se, já vêm sendo sufragadas pelos Tribunais pátrios, que se veem, com indesejada frequência, chamados a deliberar sobre contendas atinentes à pena de multa, o que bem evidencia, ainda em tempos atuais, uma injustificada vacilação na assimilação desse instituto.

Felizmente, a resposta jurisdicional tem sido assertiva no sentido de reafirmar a natureza penal da multa, seja reconhecendo, como consectário lógico, a legitimidade prioritária do Ministério Público para a execução dessas sanções pecuniárias, seja qualificando o seu adimplemento como pressuposto insuperável à declaração de extinção da punibilidade do fato criminoso correlato. Com toda obviedade, tais posicionamentos jurisprudenciais igualmente se prestam a refutar a tese de extinção prematura de penas de multa com espeque em uma lógica arrecadatória.

Concluimos, outrossim, que essa tese não se sustenta quando encarada sob a ótica da análise econômica do direito, visto que, ao realizar o processamento da relação de custo-benefício, esse viés representa indevidamente a arrecadação de capital como única vantagem a ser obtida pelo Estado com a execução das penas de multa criminal, em desprestígio, mais uma vez, às finalidades precípuas dessa pena.

Para além disso, arrematamos nosso estudo com a conclusão de que o raciocínio ora impugnado igualmente não encontraria guarida na perspectiva difundida pelo garantismo penal, sobretudo quando encarado este em sua feição integral, tendo em conta que o acolhimento da tese extintiva demandaria, inarredavelmente, uma aplicação meramente monocular da teoria garantista, que privilegiaria unicamente a construção de uma posição subjetiva favorável aos interesses do sujeito passivo da persecução criminal, em detrimento de outros bens jurídicos e interesses dignos de tutela, com destaque para aqueles titularizados pela vítima do fato criminoso e pela coletividade.

Como fechamento, assentamos a nossa convicção de que a solução para as crises de efetividade e de identidade que afligem a pena de multa, já há algum tempo, não perpassa pelo menoscabo a essa espécie sancionatória, à execução penal, à coisa julgada e à atividade persecutória criminal. Muito menos reclama o apego a um argumento que, com toda evidência, sequer pode ser alocado epistemologicamente na disciplina de Direito Penal.

Antes disso, compreendemos que a multa criminal ainda se apresenta como ferramenta viável e eficaz, da qual pode se valer o Estado no seu mister de controle social, evidentemente, se pensada e concretizada com o devido respeito à sua natureza jurídica e aos seus desígnios. A saída escorreita, pois, não reside na extinção prematura e temerária de execuções penais, mas, muito antes disso, no trato adequado da questão pelo legislador penal, dada a evidente necessidade de ajustamento nos patamares das penas de multa

atualmente previstos, e, especialmente, pelos agentes de persecução criminal, aos quais compete a relevante tarefa de fixar as sanções pecuniárias em patamar necessário, adequado e proporcional ao atingimento das finalidades buscadas pela pena.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 11ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

BINENBOJM, Gustavo. *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal. Parte Geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; e PELELLA, Eduardo. *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 4ª Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

DAVID, Tiago Bitencourt De. *Eficiência, economicidade e direitos fundamentais: um diálogo necessário e possível*. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 67, set. 2010 – dez. 2010

DOTTI, René. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Vol. 1*. 17ª Edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

LEITE, Harrison. *Manual de Direito Financeiro*. 5ª Edição. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)*. Volume 1. 14ª Edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: METODO, 2020.

MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de execução penal*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

_____, *Manual de Direito Penal*. 16ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMOS, Samuel Ebel Braga. *Análise Econômica do Direito Penal. O crime, a sanção penal e o criminoso sob a ótica da Economia*. 1ª Ed. Curitiba/PR: ArteLogy, 2021.

SOUZA, Leonardo Giardin; PESSI, Diego. *Bandidolatria e Democídio – Ensaio sobre garantismo penal e a criminalidade no Brasil*. 3ª ed. Porto Alegre/RS: SV Editora, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Volume 1, Parte Geral. 9. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

VULNERABILIDADE TRIBUTÁRIA: REPENSANDO A POSIÇÃO JURÍDICA DO CONTRIBUINTE FRENTE AO FISCO

THIAGO DA PENHA LIMA: Mestrando em Constitucionalismo e Direitos na Amazônia pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Martha Falcão-Wyden. Especialista em Direito Processual Civil Aplicado pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Assessor Jurídico no Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Advogado.

RESUMO: Este trabalho busca analisar a situação de vulnerabilidade que o contribuinte se encontra perante as ações da Fazenda Pública perpetradas na seara tributária. Neste artigo foi feita uma pesquisa bibliográfica qualitativa, sendo consultadas doutrinas nacionais e estrangeiras que se debruçaram sobre tema. Sugere-se uma reanálise geral das normas materiais e processuais que dão razão às exações cobradas perante o Fisco, de maneira que ao particular devem ser fornecidos os meios adequados para que possa defender seu patrimônio em face as investidas praticadas pelo Poder Público Fiscal.

Palavras-chave: execução fiscal; limitações ao poder de tributar; vulnerabilidade tributária.

ABSTRACT: This work aims to analyze the situation of vulnerability that the taxpayer finds itself in front of the actions of the Public Treasury perpetrated in the tax area. In this article a qualitative bibliographic research was made, being consulted national and foreign doctrines that looked at the theme. It is suggested a general reanalysis of the material and procedural rules that give reason to the exactions charged before the Tax Authorities, so that the private person must be provided with the appropriate means so that he can defend his patrimony against the attacks practiced by the Public Fiscal Power.

Keywords: tax enforcement; limitations on the power to tax; tax vulnerability.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 VULNERABILIDADE: CONCEITO E CONTEXTOS. 3 VULNERABILIDADE TRIBUTÁRIA: RELAÇÃO ENTRE CONTRIBUINTE E FISCO. 3.1 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PARA REDUÇÃO DA VULNERABILIDADE DO CONTRIBUINTE: LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR. 3.1.1 Exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça. 3.1.2 Instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos. 3.1.3 Cobrar tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado. 3.1.4 Cobrar tributo no

mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou. 3.1.5 Cobrar tributo antes de decorrido noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou. 4 MECANISMOS DE ABRANDAMENTO DA VULNERABILIDADE DO CONTRIBUINTE. 4.1 EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. 4.2 AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO TRIBUTÁRIO. 4.3 MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A contextualização contemporânea dos aspectos jurídicos que nascem no cenário hodierno passa pelo fato de que se faz imprescindível compreender os novos conceitos legislativos e judiciais que surgem a todo momento. Nestes termos, expressões jurídicas como a dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e razoabilidade, hipossuficiência, dentre muitos outros, têm ganhado destaque na resolução de conflitos propostos pelos litigantes, visto que funcionando como verdadeiras cláusulas abertas ou conceito *sui generis*, outorgam a margem necessária para que o órgão judicante faça justiça no âmbito do caso concreto.

A perspectiva não é essencialmente diferente quando decidimos analisar a utilização do brocardo da vulnerabilidade, conceito que vem ganhando corpo e cada vez mais destaque nos julgados emitidos pela jurisprudência pátria. Pelo grande leque de componentes presentes em seu corpo, as ramificações da vulnerabilidade alcançam grandes grupos desfavorecidos pelo tratamento social e legislativo que lhe é dispensado, carecendo de maior proteção positivada no ordenamento jurídico e necessitando de um olhar especial para se realizar a efetivação dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Nesse diapasão, grupos como os idosos, o consumidor, a criança e o adolescente, a mulher e as minorias raciais são exemplos de vulnerabilidade mais em voga no cotidiano jurídico. Não obstante, há de se ressaltar que existem outras coletividades que merecem igual atenção. Destarte, analisaremos aqui as diretrizes que envolvem a vulnerabilidade do contribuinte tributário - o pagador de impostos - perante os privilégios materiais e processuais que são outorgados à Fazenda Pública, inclusive no que diz respeito à pesada carga tributária nacional.

No presente trabalho, além da análise do conceito e da aplicação dos mais variados aspectos da vulnerabilidade, dar-se-á especial atenção ao contribuinte de modo a elucidar as situações de hipossuficiência que envolvem o grupo mencionado. Para tanto, foi realizada uma ampla revisão bibliográfica sobre o assunto, analisando as lições doutrinárias que se debruçaram sobre o tema, assim como também as decisões jurisdicionais que fizeram menção ao contexto averiguado. Para atingir esse objetivo, o presente trabalho foi dividido em três partes, sendo a primeira referente ao conceito geral de vulnerabilidade e os contextos de sua aplicação. Posteriormente, dar-se-á atenção especial à vulnerabilidade

tributária de maneira específica, explorando o tríplice aspecto dispensado ao tema, para então debater os meios alternativos de defesa do contribuinte perante o fisco.

2 VULNERABILIDADE: CONCEITO E CONTEXTOS

Em termos gerais, a expressão vulnerabilidade, pelo menos no que concerne aos termos jurídicos, parece ter ganhado corpo com a edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990)⁴⁶. Tal fenômeno foi possível constatar pela crescente verificação da situação de inferioridade do consumidor devido à sua regular condição física e monetária de disparidade frente aos grandes fornecedores, além das campanhas de *marketing* muitas vezes enganosas. Tal acontecimento veio justamente para combater a posição essencialmente patrimonialista criada pelo Código Civil de 1916, documento este que demasiadamente prescindia de uma visão mais humanitária aplicada na relação jurídica constituída entre os particulares⁴⁷.

Atendendo às premissas da Bioética, o termo vulnerabilidade estaria intrinsecamente ligado ao desenvolvimento do ser humano, especialmente àquele que carece de ajuda de outrem e simultaneamente encontra-se suscetível a perigos e danos conectados com sua existência individual⁴⁸.

Especificando os conceitos e classificações referente à vulnerabilidade, adotaremos aqui a orientação fornecida por Marques, Benjamin e Miragem⁴⁹, para quem a vulnerabilidade por ser dividida em três modalidades:

[...] *técnica* (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), *jurídica* (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e *fática* (situações em que a insuficiência econômica, física

⁴⁶BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 03 set. 2020.

⁴⁷SANTOS, Adrianna de Alencar Setubal; VASCONCELOS, Fernando Antônio de. Novo Paradigma da Vulnerabilidade: uma releitura a partir da doutrina. *Revista do Direito do Consumidor*, vol. 116, mar./abr. 2018, p. 19-20.

⁴⁸CARMO, Michell y Eustáquia do. GUIZARDI, Francini Lube. O conceito de vulnerabilidade e seus sentidos para as políticas públicas de saúde e assistência social. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 34, n. 3, mar. 2018, p. 5.

⁴⁹MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 163.

ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor) (grifo nosso).

No que se refere a um grupo específico de vulneráveis, embora diversos tratados internacionais prevejam a proteção daquele incumbido de pagar os tributos, é inegável que, na maioria da construção dos Estados Democráticos de Direito, o contribuinte encontra-se em situação de desvantagem latente perante os poderes outorgados à Administração Pública na seara fiscal, padecendo do que os estudiosos têm chamado de hipervulnerabilidade:

A noção de vulnerabilidade agravada ou hipervulnerabilidade foi desenvolvida pela jurisprudência como corolário do princípio da igualdade e do mandamento de pleno desenvolvimento da personalidade, vetada as discriminações. Portanto, reconhecer os níveis e escalas das vulnerabilidades sociais é, antes de tudo, imprescindível, para aplicação de medidas protetivas proporcionalmente à demanda de tutela do (hiper)vulnerável⁵⁰.

Ao contrário do que se pode imaginar, a situação de vulnerabilidade referida ultrapassa as órbitas estabelecidas no contexto administrativo tributário, sendo o Brasil um dos países com o maior número de demandas judiciais neste ramo. Explicitando, assim, a insatisfação das atuais normas fiscais para lidar de maneira adequada com a execução do recolhimento de tributos.

Como se não fosse o suficiente, muitas das vezes o contribuinte encontra-se em uma situação complicada quando determinados órgãos do Poder Judiciário estão impregnados de conceituações políticas e pressões por decisões a favor da Fazenda Pública, dificultando a possibilidade de o particular obter uma sentença favorável no âmbito tributário, ramo que versa sobre grandes quantias referentes ao erário⁵¹:

A justificativa da Fazenda Pública para que permaneça – e ainda seja ampliado – o estado de desigualdade material, formal e processual reside na urgência arrecadatória do Estado. Esta argumentação

⁵⁰ VASCONCELOS, Fernando A. de; MAIA, Maurilio Casas. A tutela do melhor interesse do vulnerável: uma visão a partir dos julgados relatados pelo Min. Herman Benjamin (STJ). *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 105, p. 243-271, jan./fev. 2016, p. 249.

⁵¹ TILEY, John. Human Rights and Taxpayers. *The Cambridge Law Journal*, vol. 57, p. 269-273, jul. 1998, p. 270.

converge para o princípio da “supremacia do interesse público sobre o particular”. De fato, não pode haver qualquer dúvida quanto à necessidade arrecadatória das pessoas políticas dotadas de competência constitucional – fundamento do Estado Fiscal –, mas as circunstâncias econômicas e jurídicas que a sustentam devem ser examinadas conscienciosamente⁵².

Há uma necessidade premente de revisar as linhas interpretativas e jurisprudenciais, que submetem os interesses arrecadatórios do Estado a um patamar de intangibilidade quase que absoluta, constituindo que o rito executivo fiscal seja um serviço expropriatório instantâneo para a Fazenda Pública. Não se pode haver admissão de que a finalidade arrecadatória do Estado se institua em um permissivo para violar garantias constitucionais.

3 VULNERABILIDADE TRIBUTÁRIA: RELAÇÃO ENTRE CONTRIBUINTE E FISCO

Hodiernamente, afirma-se que o direito constitui apenas uma única forma das ciências jurídicas, razão pela qual, a longínqua divisão entre direito público e direito privado tem perdido força. Não obstante, pelos fins que se almejam alcançar neste trabalho, trabalharemos com a citada classificação como se passa a se expor.

É cediço que o direito público moderno se apoia em dois grandes princípios que formam o alicerce dos conceitos que disso advém: a indisponibilidade do patrimônio público e a supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

A indisponibilidade do patrimônio público versa que não pode o administrador público e o agente do Estado se utilizarem dos recursos advindos do erário como se seu o fossem. Aqueles incumbidos de gerir os bens e interesses públicos não se sub-rogam na posição de titulares apenas por exercerem tal *múnus*: a coletividade é a verdadeira titular do patrimônio público. Nesse sentido, as lições de Carvalho Filho⁵³:

A Administração não tem livre disposição dos bens e interesses públicos, porque atua em nome de terceiros. Por essa razão é que os bens públicos só podem ser alienados na forma em que a lei dispuser. Da mesma forma, os contratos administrativos reclamam, como regra, que se realize licitação para encontrar quem possa executar obras e serviços de modo mais vantajoso para a Administração.

⁵²MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro*: administrativo e judicial. 12. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 36.

⁵³CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 37.

Em direito tributário, é possível visualizar referido princípio em vários artigos que estão dispostos no Texto Constitucional de 1988 e no Código Tributário Nacional. Na Constituição, o art. 150, §6º⁵⁴, versa que qualquer subsídio ou isenção, redução da base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, por parte do respectivo ente federativo, que regule exclusivamente as matérias enumeradas anteriormente.

Neste íterim, o princípio da indisponibilidade do interesse público traduz-se na ideia de que, como todas as medidas citadas acabam por diminuir as receitas advindas dos tributos, aquelas só poderão ser concedidas mediante lei em sentido formal (e não decretos ou regulamentos, atos infralegais) e que versem de maneira restrita sobre os temas ali dispostos. Diferentemente do particular que pode, em regra, dispor dos créditos que tem a receber. A Administração Pública, caso queira aliviar a carga tributária do contribuinte, necessita efetivar tal ato por instrumento legislativo apropriado.

Já no Código Tributário Nacional (CTN), o princípio da indisponibilidade do interesse público pode ser retirado do próprio conceito de tributo, positivado no art. 3º do CTN⁵⁵. Destarte, diz-se que tributo é toda prestação pecuniária, de caráter compulsório, com valor em moeda, que não constitua sanção de ato ilícito, sendo cobrado mediante atividade administrativa plenamente vinculada. Daí depreende-se de que o administrador público não poderá deixar de cobrar tributo devido pelo contribuinte, por mais que se compadeça da situação deste.

Já o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular pode ser constatado em dois momentos distintos, estando presente tanto na elaboração das leis (processo legislativo) quanto nos momentos da execução de atos concretos por parte da Administração Pública⁵⁶.

A evolução das ciências jurídicas acabou por deixar de lado o caráter essencialmente patrimonialista do direito privado para atender aos preceitos instituídos na segunda e terceira geração de direitos fundamentais, abraçando políticas públicas que visam efetivar os direitos sociais, difusos, coletivos e transindividuais. A visão estritamente individualista

54 BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 set. 2020.

55 BRASIL. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em 03 set. 2020.

56DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 96.

acabou por dar espaço para um olhar geral para a coletividade, instituindo o direito como um meio para consecução comum e da justiça social, atendendo assim ao bem-estar coletivo⁵⁷.

Primordialmente, em tempos modernos o princípio da supremacia do interesse público sobre o direito privado acabou por constituir inúmeras benesses materiais e processuais em favor da Fazenda Pública em face ao particular. Destarte, quando analisada uma situação jurídica entre o Poder Público e o jurisdicionado, não é incomum ver certo desnivelamento na relação, incorrendo inúmeras vantagens ao Estado, tudo em nome de prospectar o bem maior em razão da coletividade.

Na seara tributária, a supremacia do interesse público sobre o particular é bastante perceptível pelo fato de que a obrigação de pagar tributo decorre diretamente de termos legais, muitas vezes fixados por representantes legislativos que são legitimados apenas pela votação das urnas, mas que deixam de lado os reais anseios da democracia. Como exemplo, caso o sujeito passivo aufera alguma vantagem patrimonial por trabalho efetivo, deverá recolher o imposto de renda devido aos cofres da União, correndo o risco de ser penalizado caso não o faça.

Por tudo que foi exposto até o momento, ficou evidente que o direito tributário é ramo do direito público.

O ponto de vista do presente tópico fica explícito ao se levantar celeuma que tem sido discutida no direito processual há muitos anos: a necessidade de o contribuinte depositar em juízo para embargar à execução fiscal promovida pela Fazenda Pública.

Diferentemente do particular que, ao portar título extrajudicial, ajuíza ação de execução em face do devedor seguindo as normas do Código de Processo Civil⁵⁸ (arts.771 e seguintes), a Administração Pública, ao cobrar dívida tributária ou não tributária, deverá seguir o rito previsto na Lei n.º 6.830 de 22 de setembro de 1980, a Lei de Execuções Fiscais (LEF)⁵⁹.

Primordialmente, o Código de Processo Civil de 1973 tinha disposição de que, para opor os embargos cabíveis, o sujeito passivo da relação executada deveria primeiramente

⁵⁷DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 97.

⁵⁸ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 10 set. 2020.

⁵⁹ BRASIL. *Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980*. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm. Acesso em 10 set. 2020.

garantir o juízo e somente após isso discutir o débito (CPC/73, art. 737)⁶⁰. Não há necessidade de se aprofundar em demasia para constatar os inúmeros problemas que advinham de tal comando. Muitas das vezes, o sujeito passivo não tinha o montante suficiente para depositar em conta judicial para discutir a execução. Ficava totalmente restrito quanto aos meios de defesa e era condenado, de maneira injusta ou contraditória, simplesmente pelo fato de que não detinha o montante devido no curso da demanda processual.

Quando foi elaborada, no início da década de 1980, a LEF acabou por seguir os ditames já fixados pela lei civil subjetiva e que já estavam em voga naquele momento, prevendo em seu art. 16, §1º, a necessidade do sujeito passivo da execução fiscal garantir o juízo para ter a possibilidade de opor embargos à execução. Ocorre que em 2006, o Código de Processo Civil acabou sendo reformado no ponto em debate, extinguindo a necessidade da prévia garantia do juízo como requisito de admissibilidade dos embargos à execução, *in verbis*: “art. 736 – o executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos”.⁶¹ Não fosse o suficiente, o Código de Processo Civil de 2015, atendendo aos anseios da modernidade processual, repetiu a regra já instituída pela reforma, conforme se depreende do seu art. 914.

Não obstante, as inúmeras reformas legislativas anteriormente citadas, a LEF permaneceu incólume, não sendo revogada e nem ao menos modificada a regra do art. 16, § 1º, estando em pleno vigor a sua aplicabilidade compulsória. Deste modo, caso seja ajuizada execução fiscal em face do contribuinte, este, caso queira discutir a dívida que lhe é cobrada, deverá previamente depositar em juízo, ou garantir a execução de outra forma para somente em momento posterior opor os embargos cabíveis. Um completo absurdo.

Mesmo que tenham se passado 40 (quarenta) anos, após a publicação da Lei n.º 6.830/80, os problemas continuam os mesmos, os quais deram razão às reformas efetivadas no Código de Processo Civil: em muitos casos, o contribuinte não dispõe do montante devido para garantir o juízo, e acaba por assistir de maneira impotente seus meios de defesa esvaindo-se por intermédio da injusta regra mencionada. Do cenário exposto, muitas nuances precisam ser esclarecidas para que se chegue ao escopo do presente trabalho, de forma que se passará a examinar tais situações detidamente.

60 BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 10 set. 2020.

61BRASIL. *Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006*. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e a outros assuntos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2004-2006/2006/Lei/L11382.htm#art2. Acesso em: 10 set. 2020.

Primeiramente, pode-se argumentar que o art. 11 da LEF versa que vários bens podem ser dados em garantia, o que levaria ao entendimento de que não estaria o contribuinte obrigado a fazer unicamente o depósito judicial. Conforme o comando legal, a ordem pela qual ocorrerá a penhora ou a nomeação dos bens por parte do sujeito passivo é a seguinte:

Art. 11 - A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem:

I - dinheiro;

II - título da dívida pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em bolsa;

III - pedras e metais preciosos;

IV - imóveis;

V - navios e aeronaves;

VI - veículos;

VII - móveis ou semoventes; e

VIII - direitos e ações.

Ao contrário do que se possa imaginar, a numeração acima colacionada é de caráter eminentemente compulsório. Desta forma, a penhora não poderá recair, primeiramente, por exemplo, sobre semoventes que sejam de propriedade do contribuinte. Do mesmo modo, não poderá o contribuinte oferecer bem imóvel como garantia sem demonstrar de maneira exaustiva que não possui outros bens previstos na ordem preferencial. Nesse ínterim, o Superior Tribunal de Justiça, no AgInt no AREsp 1636118/ SP, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, decidiu que a Fazenda Pública não está obrigada a aceitar os bens nomeados à penhora que desobedeçam à ordem legal:

PROCESSUAL CIVIL E EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO DE BENS A PENHORA. INOBSERVÂNCIA DA ORDEM PREVISTA NO ART. 11 DA LEF. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE. INOCORRÊNCIA. ANÁLISE. SÚMULA 7/STJ.

[...]

4. O acórdão recorrido consignou: "De fato, é pacífico na jurisprudência que o Fisco pode recusar a nomeação de bens à penhora quando desobedecida a ordem prevista no art. 11 da LEI

6.830/80 ou quando os bens indicados forem de difícil ou duvidosa alienação, pois a execução é feita no interesse do credor. Nesse sentido, vejam-se o AgRg no REsp 1200847/SP, 2ª Turma, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 8/2/11 e o EREsp 1116070/ES, 1ª Seção, rel. Humberto Martins, DJe 16/11/10. A respeito do tema, o Superior Tribunal de Justiça assentou entendimento no sentido de que: 'no processo de execução, hoje o devedor não só alega, mas tem que comprovar de modo irrefutável que a penhora em dinheiro pode acarretar a quebra da empresa ou o grave e irreparável dano e, simultaneamente, demonstrar que a constrição de outro bem pode satisfazer o crédito. Dessa forma, não pode alegar o devedor a violação de modo genérico e singelo, o que não afasta a carência dos recursos financeiros devidos e não pagos suportados pelo credor, titular de crédito líquido, certo e exigível.' (cfe. Informativo de Jurisprudência do STJ, AgRg no REsp 1.051.276-RJ, Rel. Min. Herman Benjamin). Frise-se que, diante da ordem legal prevista no art. 11 da LEF, o executado não pode optar por oferecer outros bens ou direitos em garantia da dívida, da forma que lhe parecer mais conveniente: tem o dever de observar a ordem de preferência legal, instituída não para sua comodidade, mas para possibilitar a satisfação do crédito fiscal nos casos de inexistência de bens de maior liquidez. Assim, conquanto o CPC disponha que a execução se deva realizar pelo meio menos gravoso ao devedor, também determina que a execução se faz no interesse do credor, razão pela qual pode o Fisco recusar a nomeação à penhora de bem que não satisfaz a ordem legal do art. 11 da LEF." (fls. 159-160, e-STJ, grifos acrescentados) (grifo nosso)62.

O óbice do art. 16, § 1º da LEF já constitui barreira quase que intransponível ao contribuinte garantir o juízo para embargar a execução. Todavia, os problemas não cessam nestes pontos. Como há de se imaginar, muitas vezes o montante da Execução Fiscal é absurdo (na casa de milhões de reais), sendo que a quantia cobrada é ainda maior por erros previstos no lançamento do tributo ou por juros e multas abusivas. Como são matérias que devem ser verificadas através de dilação probatória, o particular vê-se impossibilitado de utilizar defesa processual adequada, como exceção de pré-

62 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1636118/SP*. Processual Civil e execução fiscal. Nomeação de bens a penhora. Inobservância da ordem prevista no art. 11 da LEF. Afronta ao princípio da menor onerosidade. Inocorrência. Análise. Súmula 7/STJ. Relator: Ministro Herman Benjamin, 25 de agosto de 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?id=1979576>. Acesso em: 10 set. 2020.

executividade ou mandando de segurança, dependendo quase que unicamente do depósito em juízo para oposição dos embargos e posterior discussão da matéria.

A pergunta a se fazer nesse ponto é: se tantos problemas surgem pela aplicação de tal norma evidentemente ultrapassada, por qual razão a legislação não é modificada para ao menos amenizar a situação do sujeito passivo? A resposta encontra-se nos princípios já citados em momento oportuno neste mesmo artigo: a supremacia do interesse público sobre o particular supostamente legítima a aplicação da norma violadora que consta no art. 16, § 1º da Lei de Execuções Fiscais.

Contudo, em uma visão compatível com os tempos modernos, o art. 16, § 1º da LEF não pode subsistir, e as razões para isto passam a ser expostas adiante.

Primeiramente, a regra de garantir o juízo como requisito imprescindível para oposição dos embargos é uma clara violação aos princípios processuais constitucionais expostos no art. 5º da Constituição, princípios estes que teorizam a ampla defesa e o contraditório e a inafastabilidade da jurisdição (acesso à justiça).

Embora a doutrina processualista costumeiramente resolva por separar os princípios do contraditório e da ampla defesa, tratar-se-ão estes postulados no mesmo tópico por motivos didáticos. O princípio da ampla defesa perfaz a garantia de ordem constitucional de que o réu se utilize de todos os meios de defesa disponíveis no processo. Para visualização do cerceamento da ampla defesa, são transcritas as lições de Fabrício Lunardi⁶³:

[...] o princípio da ampla defesa será violado quando, por exemplo, diante das circunstâncias concretas o prazo para defesa se tornar exíguo, ou quando o instrumento processual de defesa não possibilitar que a ela seja ampla, isto é, *se restringir as possibilidades de defesa* (grifo nosso).

Ora, se ao contribuinte economicamente hipossuficiente é negada a oposição dos embargos, meio amplo de defesa, pelo simples fato de ele não dispor do montante suficiente para cobrir a exação, isto não seria uma violação ao princípio discutido? Certamente que sim. Não há justificativa para que a suposta supremacia do interesse público sobre o interesse privado onere o sujeito passivo de uma relação processual dessa maneira.

63 LUNARDI, Fabrício Castagna. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 90.

Quanto ao princípio do acesso à justiça, também postulado processual de ordem constitucional, seguem as valiosas lições de Humberto Theodoro Jr.⁶⁴, cujo teor merece ser transcrito:

É de se ter em conta que, no moderno Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça não se resume ao direito de ser ouvido em juízo e de obter uma resposta qualquer do órgão jurisdicional. Por acesso à Justiça hoje se compreende o direito a uma tutela efetiva e justa para todos os interesses dos particulares agasalhados pelo ordenamento jurídico.

Aqui, refaz-se a pergunta de teor parecido ao de parágrafos anteriores: se o contribuinte não pode se utilizar de todos os meios amplos de defesa, como terá o sujeito passivo a possibilidade de receber uma resposta jurisdicional adequada ao caso concreto? Deverá contar com a imensa sorte de um erro grave cometido pelo sujeito ativo da exação, seja pelo decorrer do prazo prescricional intercorrente (matéria reconhecível de ofício pelo magistrado) ou pela eventual ilegitimidade da parte, ocasionada por erro administrativo ao tempo do lançamento tributário?

Por último, questiona-se a concepção atual da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Pelo Estado Democrático Social que há de se desenvolver no cenário jurídico nacional, deve-se acreditar que a simples e absoluta primazia do interesse público sobre o particular constitui uma visão errônea dos preceitos que a evolução dos direitos fundamentais buscou instituir.

Logo, se um direito fundamental é negado ou cerceado a determinado particular, violam-se os postulados outorgados à coletividade na totalidade. Destarte, os direitos fundamentais são atribuídos a todos indistintamente, com garantias de que o núcleo essencial do Estado de Direito não será mitigado em detrimento de alguns para benefícios de outros. O respeito igualitário atribuído a cada grupo social é garantia de que a Administração Pública está comprometida com o bem-estar coletivo⁶⁵. Ora, se já foi constatada a violação da ampla defesa e do acesso à jurisdição de inúmeros contribuintes durante 40 (quarenta) anos, resta concluir que a necessidade da garantia do juízo para

⁶⁴THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil* – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum, vol. I. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 74.

⁶⁵ ABOUD, Georges. O mito da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado: a dimensão constitucional dos Direitos Fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a Direitos Fundamentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 907, mai. 2011, p. 77.

oposição dos embargos vulnera a todo momento as garantias constitucionais da coletividade.

Por todo o cenário exposto até o momento, há de se concluir que a regra positivada no art. 16, § 1º da Lei de Execuções Fiscais restou não recepcionada pela atual Constituição Federal devido à sua incompatibilidade material. Não obstante, esse entendimento, há de se salientar que o citado artigo continua em plena aplicabilidade, e não há pistas de que será revisto em breve.

3.1 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PARA REDUÇÃO DA VULNERABILIDADE DO CONTRIBUINTE: LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR

Ao se realizar uma interpretação de ordem teleológica do § 2º, do art. 5º do Texto Constitucional, pode-se afirmar serem também direitos fundamentais aqueles instituídos como materialmente constitucionais, não obstante, estejam esparsos pelo corpo da Norma Fundamental, somando-se aqueles previstos em tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil faça parte. Consequentemente, como os direitos fundamentais possuem em seu núcleo essencial a característica de outorgarem garantias ao cidadão em face à ingerência indevida do Estado, é lícito classificar as limitações constitucionais ao poder de tributar, presentes no Título VI, seção II, da Constituição Federal, como verdadeiros postulados essenciais que perfazem verdadeiro estatuto do contribuinte.

Limitações ao poder de tributar são regras e princípios que funcionam como verdadeiras restrições impostas aos entes federativos, e objetivam equacionar a relação jurídico-tributária⁶⁶. Na Carta Constitucional 1988, as limitações ao poder de tributar estão previstas a partir do seu art. 150. Tal instituto apresenta-se como garantias que visam assegurar os direitos do contribuinte (anterioridade, vedação ao confisco, isonomia, irretroatividade e legalidade), constituindo também outros direitos e garantias individuais (imunidade dos templos religiosos), ou funcionando como instrumento para preservação da forma federativa do Estado (vedação à isenção heterônoma e imunidade recíproca), o que denota o caráter de cláusulas pétreas⁶⁷.

O Texto Constitucional possui longo catálogo das limitações expressas ao poder de tributar. No presente tópico, serão analisadas cada uma separadamente, no que se refere aos princípios constitucionais tributários. Dando sequência ao presente artigo, transcreve-se o já citado art. 150: “sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios”:

⁶⁶ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 71.

⁶⁷PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 131.

3.1.1 Exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça

A referida garantia é produto de um dos princípios de maior incidência no ramo do direito público: o princípio da legalidade. Como exemplo, cita-se a aplicação do princípio no direito penal, que estabelece que não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (CF/88, art. 5º, XXXIX). Ostenta, entretanto, sentido diferenciado no que se refere ao direito administrativo, dispondo que não poderá o administrador se pautar em condutas que não estejam previstas em lei (CF/88, art. 37, *caput*).

Para o direito tributário, o princípio da legalidade versa que não poderá o Poder Público criar tributo, exigir pagamento da exação, ou tornar o tributo mais oneroso, sem lei, em sentido formal, que permita tais atividades. Cumpre recordar que na área tributária, o princípio da legalidade advém dos preceitos constituídos no direito norte-americano, o qual prevê o clássico brocardo "*No taxation without representation*" (não haverá tributação sem representação). A frase pode ser entendida no sentido de que somente os tributos que foram instituídos pelos representantes do povo (geralmente, os congressistas) é que poderão ser legitimamente cobrados dos contribuintes.

Embora exerça papel importante para prevenir que atos infralegais (decretos e portarias, por exemplo) veiculem matérias que possam onerar ainda mais a carga tributária, é imperioso notar que o princípio da legalidade não possui viés absoluto. Conforme permissivo constitucional expresso, os impostos sobre importação (II), sobre exportação (IE), sobre produtos industrializados (IPI) e sobre operações financeiras (IOF), podem ter suas alíquotas alteradas sem necessidade de lei formal.

3.1.2 Instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos

A limitação em análise trata do princípio da igualdade, positivado no art. 5º, inciso II do Texto Constitucional. É de se salientar que o princípio tributário adotou a face da igualdade material (tratar desigualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade), evidenciado pelo trecho "que se encontrem em situação equivalente". A parte final do dispositivo busca concretizar a não distinção entre classes sociais e profissionais que estejam em situação de igualdade. Dessa forma, seja um juiz, promotor, advogado, escritor ou médico, todos devem ser tributados devidamente, sem lhes ser concedida nenhuma benesse em razão do ofício que exerça.

3.1.3 Cobrar tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado

A redação do dispositivo trata do princípio da irretroatividade. Tal postulado versa que o Fisco não poderá cobrar qualquer tributo antes que a lei que autorize seja publicada e comece a vigor. Como regra geral, as normas de essência tributária seguem o que está previsto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que possui a seguinte redação em seu art. 6º, “a Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, direito adquirido e a coisa julgada”⁶⁸.

O natural do mundo jurídico é de que a lei não retroaja. Para que seja possível à norma retroagir, deverá haver permissivo legal expresso para tanto⁶⁹. O Código Tributário Nacional dispõe em seu artigo 106 as hipóteses de retroatividade da lei, das quais nenhuma autoriza a cobrança de tributos em relação a fatos geradores que tenham sido praticados antes da vigência da lei que criou a exação.

3.1.4 Cobrar tributo no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os institui ou aumentou

A alínea b, em seu inciso III, do art. 150 da Constituição Federal, dispõe sobre o princípio da anterioridade do exercício financeiro. O postulado é uma das, se não for a maior, garantias que melhor equilibram a relação entre o Estado e o sujeito passivo da relação tributária. Dessa forma, não poderá o ente público criar tributo (ou majorar) e cobrá-lo no mesmo ano da publicação da lei. Se assim não o fosse, não seria difícil de imaginar as severas consequências que isto traria aos contribuintes, outorgando arma imbatível para que a Administração Pública subjugasse a população através da tributação. Porém, mais uma vez o Constituinte resolveu por instituir diversas exceções ao princípio da anterioridade no que se refere à alíquota mais onerosa, a saber:

- a) Imposto sobre importação;
- b) Imposto sobre exportação;
- c) Imposto sobre produtos industrializados;
- d) Imposto sobre operações financeiras

68 BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 12 set. 2020.

69 TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 26.

- e) Impostos extraordinários de guerra;
- f) Empréstimos compulsórios, por motivos de guerra ou calamidade pública;
- g) Contribuições para Financiamento da Seguridade Social (CF, art. 195, § 6º);
- h) ICMS monofásico sobre Combustíveis (CF, art. 155, § 4º, IV);
- i) CIDE-combustível (CF, art. 177, § 4º, I, b).

As quatro primeiras exceções (II, IE, IPI e IOF) possuem fundamento no fato de que esses impostos apresentam características essencialmente extrafiscais, ao passo em que constituem meios de intervenção no domínio econômico por parte do Poder Executivo. Por conseguinte, as duas últimas exceções são parciais, criadas pela Emenda Constitucional 33/2001. Referem-se ao restabelecimento das alíquotas do ICMS-monofásico incidente sobre combustíveis definidos em Lei Complementar e das alíquotas da CIDE-combustíveis⁷⁰.

3.1.5 Cobrar tributo antes de decorrido noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou

A hipótese em análise foi acrescentada pela Emenda Constitucional nº 42/2003, em uma das raras ocasiões que uma modificação legislativa na seara tributária veio a beneficiar o contribuinte. Trata-se do princípio da anterioridade nonagesimal, comumente conhecida como noventena, a qual prevê que ao Estado é vedado cobrar tributos antes que tenham se passado 90 (noventa) dias contadas da data da publicação da norma que tenha criado ou majorado algum tributo.

Nos momentos que antecederam a chegada do princípio da noventena ao ordenamento jurídico pátrio, não eram escassas as ocasiões em que, no apagar das luzes do ano fiscal, o Parlamento se ocupava de elaborar leis com finalidade de majorar ou mesmo criar tributos, quase que burlando a anterioridade do exercício financeiro. Destarte, o sujeito passivo se via muitas vezes surpreendido na virada do ano com mais uma oneração da já pesada carga tributária, situação que mostrava total incompatibilidade com o princípio da não surpresa.

Não obstante, os benefícios que tenha acarretado ao contribuinte, o princípio da noventena possui diversas exceções previstas no texto constitucional:

⁷⁰ ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário*. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 167-168.

- a) Imposto sobre importação
- b) Imposto sobre exportação
- c) Imposto sobre operações financeiras
- d) Impostos extraordinários de guerra
- e) Empréstimos compulsórios, por motivos de guerra ou calamidade pública
- f) Imposto sobre renda
- g) Base de cálculo do IPTU
- h) Base de cálculo do IPVA

Novamente, os tributos de caráter extrafiscal se fazem presentes na lista de exceções. De maneira surpreendente, o Imposto sobre a Renda, principal arrecadador dos cofres da União, acabou por ser excetuado em permissivo constitucional, o que parece ser uma decisão duvidosa por parte do Constituinte, dado que a exação sobre a renda necessitava de maior proteção frente as onerações costumeiramente perpetradas pelo fisco.

Percebe-se que, embora o princípio da não surpresa, aliado às imunidades previstas no Texto Constitucional funcionem como verdadeira carta de garantia do sujeito passivo da relação tributária, os institutos ainda se encontram muito longe de fornecer um ambiente confortável para o empreendimento e realização de atividades rotineiras que acabem por dar razão à tributação.

Muito mais do que simplesmente obedecer às normas constitucionais, o Poder Público deve ocupar-se em instituir métodos processuais adequados para que o contribuinte venha a contestar os equívocos cometidos pela Administração Tributária, assim como também é imprescindível que sejam legisladas normas simplificadoras de caráter preventivo quanto à tributação.

4 MECANISMOS DE ABRANDAMENTO DA VULNERABILIDADE DO CONTRIBUINTE

Conforme já mencionado em momento oportuno, as limitações constitucionais ao poder de tributar, previstas a partir do art. 150 da Constituição, são os principais métodos de abrandamento da vulnerabilidade do contribuinte perante o fisco. Não obstante, alguns métodos processuais de efetivação dos direitos fundamentais do sujeito passivo da exação tributária precisam ser brevemente suscitados para se ter uma visão geral sobre o tema.

4.1 EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Ao que parece, o instituto da exceção (ou objeção) de pré-executividade teve início com a doutrina elaborada pelo saudoso Pontes de Miranda, em 1966, que vislumbrava a possibilidade de defesa por parte do executado ao demonstrar vícios de ordem pública no processo, prescindindo assim da necessidade de penhora nos bens do devedor para garantir o juízo com a finalidade de oposição dos embargos à execução⁷¹.

Embora careça de previsão legal, a exceção de pré-executividade é incidente processual que atualmente goza de ampla aceitação na doutrina e jurisprudência nacional. Embora a denominação concedida, tal instrumento nada mais é do que uma simples petição protocolada no processo para alertar o juízo acerca de matérias de ordem pública que podem ser reconhecidas de ofício:

Exceção, porque em nosso sistema jurídico essa palavra historicamente tem o sentido de defesa.

[...]

O termo pré, significa antes. Já executividade nos leva à ideia de execução, de penhora de bens, com a qual se inicia efetivamente o processo executório.

Logo, exceção de pré-executividade significa defesa antes da penhora, ou sem penhora, sem agressão ou ataque ao patrimônio do devedor⁷².

No âmbito da execução fiscal, o particular poderá se utilizar da exceção de pré-executividade para apontar questões suscetíveis de pronto conhecimento pelo magistrado. Como exemplo, poderão ser ventiladas as situações de nulidade de Certidão de Dívida Ativa, ilegitimidade passiva latente ou falta de liquidez do título que fundamenta a execução.

Cumprido notar que, no bojo do incidente da exceção não poderá haver discussão de questões que demandem instrução probatória, ao passo que as matérias suscitadas devam consistir em fato documentalmente provado, conforme Súmula n.º 393 do STJ: "a exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis

⁷¹BARROS, Felipe Luiz Machado. Exceção de pré-executividade fiscal. *Doutrinas Essenciais de Direito Tributário*, São Paulo, vol. 7, fev. 2011, p. 843.

⁷²SILVA, José Vilaço da. Exceção de pré-executividade e a execução fiscal. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo, vol. 32, mai./jun. 2000, p. 148.

de ofício que não demandem dilação probatória”⁷³, ou questões jurídicas de ordem pública cognoscíveis de plano. E do Recurso Especial 804.295/MG:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM SUSCITADA PELO DIRETOR DE MARKETING DA EMPRESA EXECUTADA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. EXISTÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. DESNECESSIDADE.

5. É de sabença que é da essência do processo de execução a busca da satisfação rápida e eficaz do credor. Por esse motivo, o nosso sistema processual estabeleceu como condição específica dos embargos do devedor a segurança do juízo, capaz de tornar útil o processo após a rejeição dos embargos. Todavia, a doutrina e a jurisprudência, diante da existência de vícios no título executivo que possam ser declarados de ofício, vêm admitindo a utilização da exceção de pré-executividade, cuja principal função é a de desonerar o executado de proceder à segurança do juízo para discutir a inexecutabilidade de título ou a iliquidez do crédito exequendo.

6. Destarte, a utilização da exceção, em sede de execução fiscal, em face do que dispõe o art. 16, da Lei 6.830/80, somente deve ser admitida em hipóteses restritas, quando a demonstração do equívoco do processo executivo possa ser levada a efeito de plano pelo executado, prescindindo de produção de prova. Do contrário, abre-se-lhe, apenas, a via dos embargos à execução⁷⁴.

Pelo exposto, constata-se que, embora a exceção de pré-executividade não demande penhora e depósito prévios, a defesa que pode ser arguida pelo devedor é demasiadamente restrita, ao passo que o mesmo tempo não poderá levantar questões mais complexas que normalmente cercam as demandas regidas pela área tributária. Dessa

73 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 393*. A execução de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_36_capSumula393.pdf. Acesso em: 12 set. 2020.

74 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 804295/ MG*. Processual civil e tributário. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Ilegitimidade Passiva ad causam suscitada pelo diretor de marketing da empresa executada. Prova pré-constituída. Existência. Dilação probatória. Desnecessidade. Relatoria para Acórdão: Ministro Luiz Fux, 20 de junho de 2006. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RESP+804295&b=ACOR&p=false&l=10&i=2&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 12 set. 2020.

forma, caso queira debater situações de maior abrangência, o executado deverá opor os embargos à execução, cuja problemática já foi exaustivamente discutida em tópicos anteriores.

4.2 AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO TRIBUTÁRIO

Embora não seja método de defesa propriamente dito, no que tange ao processo constante na execução fiscal, não é raro se deparar com ações anulatórias de débito tributário apenas às ações de execução forçada ajuizadas pela Fazenda Pública.

A ação anulatória em matéria fiscal consiste em ação de procedimento comum regulada pelo Código de Processo Civil, sendo de iniciativa exclusiva do contribuinte que visa invalidar o lançamento ou decisão administrativa que deu razão ao crédito tributário em discussão⁷⁵.

Compulsando as normas da Lei n.º 6.830/1980, é possível verificar que a LEF exige como requisito do ajuizamento da execução fiscal, o depósito prévio da quantia discutida em juízo:

Art. 38. A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, *esta precedida do depósito preparatório do valor do débito*, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos (grifo nosso)⁷⁶.

Cumprido salientar que há muito, tanto doutrina, quanto jurisprudência acordam no sentido de que a norma supracitada não foi recepcionada pela atual Constituição, não sendo lícito exigir do contribuinte o depósito do montante discutido para poder ajuizar a ação anulatória:

A exigência do depósito da execução fiscal questionada, estabelecida na LEF (art. 38, *caput*) como condição ao manejo da ação anulatória, é descabida e assim já foi reconhecida pelo extinto TRF, em sua súmula 247. O Superior Tribunal de Justiça já homenageou tal entendimento, não havendo, hodiernamente, quem a repute válida,

⁷⁵HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 711-712.

⁷⁶BRASIL. *Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980*. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm. Acesso em 10 set. 2020.

por obstruir o acesso ao Judiciário, em violação de garantia constitucionalmente assegurada ao cidadão⁷⁷.

Como mencionado, a ação anulatória de débito fiscal não substitui os embargos à execução, sendo comumente utilizada após o lançamento tributário e antes do ajuizamento da execução fiscal, embora não exista óbice legal para ser proposta durante o curso da execução forçada. Ainda, caso consiga tutela provisória nos autos da ação anulatória, o contribuinte deparar-se-á com a possibilidade de suspender o curso da execução fiscal (CTN, art. 151, inciso V). Dessa forma, embora não seja sucedânea da ação autônoma dos embargos, a anulatória poderá constituir-se em verdadeira saída para o contribuinte que não tenha como garantir o juízo da execução fiscal com a finalidade de embargar esta última.

4.3 MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

O mandado de segurança pode ser compreendido como o remédio constitucional que está à disposição de qualquer pessoa, seja física ou jurídica (inclusive órgão com capacidade processual), que objetiva a proteção de direito líquido e certo, seja individual ou coletivo⁷⁸. Nota-se que o texto da Constituição atual prevê o *writ* em seu art. 5º, incisos LXIX e LXX. Da leitura da Norma Fundamental, percebe-se o caráter subsidiário do mandado de segurança, vez que tal remédio será cabível apenas quando o direito em contenda não puder ser amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*. Em termos infraconstitucionais, a norma que se ocupa de disciplinar o mandado de segurança é a Lei n.º 12.016, em vigência desde o ano de 2009.

Via de regra, o polo passivo da ação autônoma do mandado de segurança é autoridade parte do Poder Público ou que exerça o *múnus público* em nome da Administração, assim como também os órgãos públicos que careçam de personalidade, mas que sejam dotados de capacidade processual.

Ao dispor que o mandado de segurança é cabível contra ato de autoridade que viole direito líquido e certo, entende-se que não caberá dilação probatória durante o correr da demanda, devendo o impetrante (autor) juntar aos autos todos os documentos que comprovem o seu direito, sob pena de ser indeferida de pronto a petição inicial.

Em matéria tributária, o mandado de segurança segue os pressupostos gerais que foram até aqui expostas. Pode ser utilizado pelo contribuinte proteger direito seu líquido

⁷⁷LOPES, Mauro Luís Rocha. *Processo judicial tributário: execução fiscal e ações tributárias*. 10. ed. Niterói: Impetus, 2019, p. 283.

⁷⁸MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 25.

e certo ao se deparar com atos ilegais e praticado com abuso de poder pela Administração Fiscal. Inclusive, a concessão de liminar via mandado de segurança possui o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário, conforme art. 151, IV, CTN.

Não obstante, a possível utilização do *writ* no campo tributário, o remédio constitucional esbarra nos mesmos obstáculos que se põem no caminho da exceção de pré-executividade: não comporta dilação probatória. Assim, ao menos que o contribuinte tenha documentação suficiente para demonstrar de pronto o seu direito, corre o grande risco de ver o insucesso da ação de segurança antes mesmo da sentença de mérito em primeiro grau. Como agravante que não consta no âmbito da exceção de pré-executividade, o mandado de segurança possui prazo decadencial para ser impetrado, devendo o requerente ajuizar o feito em até 120 (cento e vinte) dias contados da ciência do ato impugnado, nos termos do art. 23, da Lei n.º 12.016/2009⁷⁹.

Pelo exposto, é possível aquiescer que embora seja meio célere para obter pronunciamento judicial em tempo hábil, o mandado de segurança não substitui os embargos à execução, que no ordenamento jurídico atual parece ser o único meio de defesa amplo em que o contribuinte possa exercer o contraditório de maneira eficaz.

5 CONCLUSÃO

Os conflitos entre contribuinte e a Administração Pública em razão das exações (in)devidas perpetradas pelo Estado merecem um olhar especial quanto à aplicação do direito processual e material que cercam o tema. Embora se deva respeitar a legislação que dispõe sobre as normas do direito processual tributário, isto não quer dizer que esta seja incólume e não mereça uma reavaliação contemporânea perante os percalços já exaustivamente constatados nos últimos anos.

É certo que o interesse primário da coletividade jamais será alcançado sem a oposição daqueles que se sentem prejudicados e utilizados como mero objeto para se chegar aos fins do Estado Social. O problema ocorre quando esta imposição é legítima, quando então o Poder Público figura como verdadeiro beneficiário da transgressão de normas que não fazem jus ao devido processo legal moderno.

De fato, o Poder Legislativo tem se ocupado de debater temas que envolvem o direito tributário, como a reforma tributária que quase ganhou corpo no ano de 2020. Todavia, as modificações que estão por vir não parecem beneficiar o contribuinte e nem

79 BRASIL. *Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009*. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm. Acesso em 20 set. 2020.

mesmo considerar a situação de vulnerabilidade que o particular se encontra. É necessário dar razão às vozes que exigem melhorias materiais e processuais para que o jurisdicionado possa defender o seu patrimônio de maneira efetiva em face da Fazenda Pública.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. O mito da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado: a dimensão constitucional dos Direitos Fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a Direitos Fundamentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 907, p. 61–119, mai. 2011.

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário*. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROS, Felipe Luiz Machado. Exceção de pré-executividade fiscal. *Doutrinas Essenciais de Direito Tributário*, São Paulo, vol. 7, p. 843–852, fev. 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 set. 2020.

_____. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 12 set. 2020.

_____. *Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006*. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e a outros assuntos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11382.htm#art2. Acesso em: 10 set. 2020.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 10 set. 2020.

_____. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em 03 set. 2020.

_____. *Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980.* Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm. Acesso em 10 set. 2020.

_____. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.* Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 03 set. 2020.

_____. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.* Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 10 set. 2020.

_____. *Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009.* Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm. Acesso em 20 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1636118/SP.* Processual Civil e execução fiscal. Nomeação de bens a penhora. Inobservância da ordem prevista no art. 11 da LEF. Afronta ao princípio da menor onerosidade. Inocorrência. Análise. Súmula 7/STJ. Relator: Ministro Herman Benjamin, 25 de agosto de 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?id=1979576>. Acesso em: 10 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 804295/MG.* Processual civil e tributário. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Ilegitimidade Passiva ad causam suscitada pelo diretor de marketing da empresa executada. Prova pré-constituída. Existência. Dilação probatória. Desnecessidade. Relatoria para Acórdão: Ministro Luiz Fux, 20 de junho de 2006. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RESP+804295&b=ACOR&p=false&l=10&i=2&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 12 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 393.* A execução de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_36_capSumula393.pdf. Acesso em: 12 set. 2020.

CARMO, Michelly Eustáquia do. GUIZARDI, Francini Lube. O conceito de vulnerabilidade e seus sentidos para as políticas públicas de saúde e assistência social. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, vol. 34, n. 3, mar. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

LOPES, Mauro Luís Rocha. *Processo judicial tributário: execução fiscal e ações tributárias*. 10. ed. Niterói: Impetus, 2019.

LUNARDI, Fabrício Castagna. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro: administrativo e judicial*. 12. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SANTOS, Adrianna de Alencar Setubal; VASCONCELOS, Fernando Antônio de. Novo Paradigma da Vulnerabilidade: uma releitura a partir da doutrina. *Revista do Direito do Consumidor*, vol. 116, p. 19-49, mar./abr.2018.

SILVA, José Vilaço da. Exceção de pré-executividade e a execução fiscal. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, vol. 32, p. 147-153, mai./jun. 2000.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I*. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TILEY, John. Human Rights and Taxpayers. *The Cambridge Law Journal*, vol. 57, p. 269-273, jul. 1998.

VASCONCELOS, Fernando A. de. MAIA, Maurilio Casas. A tutela do melhor interesse do vulnerável: uma visão a partir dos julgados relatados pelo Min. Herman Benjamin (STJ). *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 105, p. 243-271, jan./fev. 2016.

A ANÁLISE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PRATICADOS PELA POLÍCIA JUDICIÁRIA

FABIANO SILVA LOPES RAMOS:

Graduado em Segurança Pública pela Universidade Estácio de Sá; Graduado em Direito pela Faculdade do Sul de Minas; Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade de Ipatinga; Investigador de Polícia Civil de Minas Gerais

RESUMO: O presente trabalho busca a discussão a respeito da característica dos atos praticados pelo delegado de polícia, suas características e particularidades em fase dos atos administrativos praticados pelos demais órgãos da Administração Pública. A partir dessa análise, busca fazer uma ligação entre os diversos ramos do direito para que se chegue ao ponto que traz a diferença entre os atos praticados pela autoridade policial. Busca fazer um paralelo entre a análise de tais atos pelo por parte do sistema judicial. A presente discussão se funda na mescla entre as esferas do Direito na aplicação da Lei Penal e as garantias que fazem surgir as peculiaridades interdisciplinares.

Palavras chave: Atos administrativos; Direito Penal; Atos praticados pela Autoridade Policial; Fase pré-processual, Poder Discricionário; Análise dos atos administrativos pelo poder judiciário.

ABSTRACT: *This paper seeks to discuss the characteristics of the acts performed by the police chief, their characteristics and particularities in the phase of administrative acts performed by other bodies of the Public Administration. Based on this analysis, it seeks to make a connection between the various branches of law so that we can reach the point that makes the difference between the acts practiced by the police authority. It seeks to draw a parallel between the analysis of such acts by the judicial system. This discussion is based on the mix between the spheres of Law in the application of Criminal Law and the guarantees that give rise to interdisciplinary peculiarities.*

Keywords: *Administrative acts; Criminal Law; Acts performed by the Police Authority; Pre-Procedural Phase, Discretionary Power; Analysis of administrative acts by the judiciary.*

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca dentro do ordenamento jurídico brasileiro a análise dos atos praticados dentro dos procedimentos cabíveis a Polícia Judiciária.

Uma vez que a Polícia Judiciária, por norma constitucional, faz parte da Administração Pública, a Autoridade policial no exercício de suas funções pratica atos administrativos.

A Administração pública é habilitada legalmente a decidir, em fase do caso concreto, a melhor forma de adotar a lei, tendo aqui uma margem de discricionariedade para tomar a melhor escolha.

Por nosso ordenamento jurídico coibir a interferência sem fundamento entre os Poderes (Judiciário, Executivo e Legislativo) a faixa limítrofe entre a discricionariedade e a ilegalidade é um dos fundamentos que o presente trabalho buscar mostrar da utilização da análise judicial dentro dos atos praticados pela Administração Pública como forma de controle de legalidade.

Diante das várias ações tomadas pela autoridade policial, utilizando de atos administrativos para alcançar a esfera judicial, cabe aqui o estudo da dependência do crivo judicial para convalidar as ações tomadas pela autoridade policial.

Posto que a doutrina moderna entenda ser uma fase “pré-prosseual” a atuação da polícia judiciária, cabe aqui entender a dinâmica entre o *Jus Puniend* possuindo o Estado monopólio de julgar e punir fatos antijurídicos, culpáveis e típicos, devendo a atuação da Polícia Judiciária se pautar de uma apuração precisa, consistente e livre de vícios que venham contaminar a persecução processual penal, por isso é importante a discussão da análise judicial dos atos administrativos tomados pela Autoridade Policial.

2. ATO ADMINISTRATIVO

A primeira ponderação que se deve fazer é caracterizar de forma sucinta o que é Ato Administrativo. Tal definição se difunde em todo ramo do direito público, uma vez que o ato administrativo é a transformação para o mundo físico das vontades públicas, a exteriorização da vontade da administração, forma pela qual se comunica com o mundo real.

Partindo da premissa da legalidade, onde a administração pública fica adstrita a fazer apenas o que a lei permite, os atos administrativos vigoram com presunção de legalidade.

Segundo ensina o professor Hely Lopes Meireles (2006), constitui *“uma manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, adquire, resguarda, transfira e modifique, extinga e declare direitos.”* que legitima o Estado a instrumentalizar a função de administrar.”

Por ser uma manifestação de vontade do poder público, o ato administrativo revestido de legalidade, pode passar por uma análise do poder judiciário, exatamente para verificar essa característica do ato.

O Poder Legislativo e o Poder Judiciário, no exercício de atribuições atípicas a tais poderes, também praticam atos administrativos. Exemplo: ato administrativo nomeando ou exonerando servidor, concedendo férias, entre diversos outros.

A Administração Pública também pratica atos de natureza privada, regidos por normas de direito privado. Quando isso ocorre, não se fala que a administração praticou ato administrativo

A professora Maria Sylvia Di Pietro (2009) ensina: *"Declaração do estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário."*

A partir daqui o ato administrativo para se formar precisa de alguns elementos intrínsecos a ele, como motivação, forma, competência e elementos.

No tocante à competência, é possível encontrar as seguintes denominações: sujeito competente ou agente competente.

Em palavras simples, competência é a delimitação das atribuições do agente por lei para praticar o ato administrativo. É na lei que encontramos "quem" deve praticar o ato administrativo.

O elemento forma é a maneira pela qual se exterioriza o ato. É a roupagem necessária para que o ato venha a existir (como o ato foi praticado).

Motivo é o pressuposto de fato e de direito que justifica a prática do ato. É o porquê da realização do ato. É, enfim, a causa próxima, imediata do ato.

Assim, por exemplo, sabemos que o regulamento de determinado assunto é o conteúdo de um ato. Mas a forma pode ser: Decreto, Instrução Normativa, Portaria, Resolução etc.

O objeto, que representa "o que" será feito, é o efeito imediato almejado com a prática do ato.

Não adentrando na caracterização de cada elemento, uma vez não ser objeto do presente trabalho, podemos dizer que os atos praticados pelo delegado de polícia são revestidos de todos esses elementos característicos dos atos administrativos, mas que dependem da convalidação judicial para efetivar no mundo dos fatos.

Ademais, pelo princípio da separação entre os poderes, a análise judicial do mérito dos atos administrativos é extrema exceção, uma vez que cabe em regra a análise de legalidade apenas.

Revogação é a extinção de um ato administrativo válido por questões de conveniência e oportunidade. É o juízo de mérito administrativo. O pressuposto para que um ato seja revogado é o mesmo exigido para que seja editado, ou seja, o interesse público.

Em determinado momento, a Administração pública pratica um ato porque, com base no interesse público, o entende conveniente e oportuno. Posteriormente, objetivando atender ao mesmo interesse, entende a administração que a manutenção do ato não se mostra mais conveniente e oportuna e resolve revogá-lo.

Somente a Administração pública pode revogar seus próprios atos. Não pode o Poder Judiciário revogar atos administrativos, mas pode anulá-los, como será visto adiante. Todavia, o juízo de conveniência e oportunidade é privativo da Administração pública. O Poder Judiciário, quando no desempenho de suas atípicas funções administrativas, pode revogar seus próprios atos.

Ademais, a revogação objetiva extinguir um ato administrativo válido ou os efeitos válidos do ato administrativo. Por recair sobre atos administrativos válidos, a revogação tem efeito ex nunc, ou seja, não retroage. Desse modo, essa prática não atinge as situações ocorridas antes da edição do ato revogador.

No entanto, a prerrogativa de avaliar o interesse público e fazer juízo de conveniência e oportunidade (mérito administrativo) sobre os atos administrativos já praticados não é ilimitada.

A anulação ou invalidação é a extinção de ato administrativo por vício de legalidade insuscetível de convalidação. Não se trata de controle de mérito, e sim de controle de legalidade.

Diferentemente da revogação, em que há juízo de conveniência e oportunidade, a anulação pressupõe vício de legalidade do ato administrativo. Constatado o vício e tratando-se de defeito sanável, procede-se à convalidação. No entanto, em caso de defeito insanável, procede-se à invalidação.

Observe que, constatada a existência de vício insanável, é dever da Administração anular o ato, sendo, portanto, atividade vinculada. Quanto à competência, a revogação é atribuição exclusiva da Administração pública; por outro lado, a anulação pode ser declarada pela própria Administração pública, no exercício da autotutela, ou pelo Poder Judiciário, mediante provocação.

Os atos possuem cinco elementos: agente competente, objeto, forma, motivo e finalidade. Os elementos ditos agente competente, forma e finalidade são sempre vinculados. Por outro lado, o motivo e o objeto podem ou não ser vinculados. Não obstante, o fato é que, se houver vício em qualquer dos elementos, ainda que o ato seja discricionário, será possível sua anulação.

Ademais, é imperioso destacar que a anulação acomete o ato desde seu nascimento, de modo que o ato de anulação possui efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos à data em que fora praticado o ato eivado de vícios. No entanto, há situações em que a anulação tem efeitos *ex nunc* (não retroativos). Assim, quando o ato for ampliativo e o administrado estiver de boa-fé, o ato não retroagirá. Por exemplo, podemos considerar aquele candidato que foi nomeado, mas sem que a Administração tenha respeitado a ordem de classificação. Se o candidato não procedeu de má-fé, não há que se falar em restituição dos valores recebidos.

3. DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO

Conforme já dito, o mérito do ato administrativo parte da premissa de que a administração pública é dotada de vontade autônoma, e que desde que fundamentada e dentro da legalidade, seus atos devem produzir efeitos no ordenamento jurídico.

O motivo é o pressuposto de fato e de direito que justifica a prática do ato. É o porquê da realização do ato. É, enfim, a causa próxima, imediata do ato.

Marcelo Alexandrino e Vicente de Paula (2017) explicam que os atos administrativos são praticados quando o caso (pressuposto de fato, uma situação ocorrida no mundo) coincide com a previsão em lei (pressuposto de direito). Assim, exemplificam com a licença-maternidade, em que o motivo é o nascimento do filho; a punição do servidor, quando o motivo é a infração cometida; e o tombamento, cujo motivo é o valor histórico do bem tombado.

Diferentemente do agente competente, forma e finalidade, o motivo pode ser vinculado ou discricionário.

No caso da licença-maternidade, por exemplo, a autoridade é obrigada a conceder. Temos, aqui, um caso de motivo vinculado. Quando o motivo é vinculado, a lei determina a prática do ato.

O mérito administrativo nada mais é do que o motivo que levou a administração a tomar aquela atitude se valendo da sua discricionariedade, conforme a lição de Hely Lopes Meireles "*consiste na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e a justiça do ato a realizar*".

Em regra, cabe o judiciário fazer análise apenas da legalidade dos atos administrativos, não cabendo fazer juízo de valor das motivações dos atos.

O juízo de conveniência e oportunidade sobre o ato administrativo é o que a doutrina denomina mérito administrativo. É o poder de escolha conferido à autoridade competente.

Já sabemos que os atos vinculados contêm todos os elementos vinculados: agente competente, forma, finalidade, objeto e motivo.

Por outro lado, os atos discricionários apresentam três elementos vinculados: agente competente, forma e finalidade. No entanto, o objeto e o motivo são discricionários.

Ocorre que no ordenamento jurídico brasileiro, se escolheu colocar a polícia judiciária dentro do poder executivo, tendo caráter de atividade jurídica e dependendo crucialmente do crivo judicial para exercer com plenitude suas funções constitucionais.

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

No direito penal, o legislador brasileiro escolheu por deixar a cargo do poder judiciário a análise do mérito tomado pelos atos administrativos feitos pelo delegado de polícia.

4. CARACTERÍSTICA DOS ATOS PRATICADOS PELA AUTORIDADE POLICIAL

É de suma importância definir a maneira como é vista dentro do ordenamento jurídico, os atos praticados pela autoridade policial. Por exercer papel dentro da Administração Pública, a autoridade policial atua elaborando atos administrativos, e com isso, tendo margem para decidir conforme suas convicções, frente ao caso concreto.

O autor Hely Lopes Meireles (2006) define ato administrativo como sendo *“uma manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, adquire, resguarda, transfira e modifique, extinga e declare direitos.”*

Por tanto, se mostra evidente que os atos praticados pela Polícia Judiciária são atos administrativos, devem seguir todos os princípios basilares que regem a Administração Pública.

Por isso, como função típica da polícia judiciária seria a apuração de infrações penais, regrado como forma primária de praticar atos administrativos com cunho

processual penal, fica a mercê de análises judiciais de seus pedidos e concretização dos seus atos.

A problemática está nos direitos e garantias fundamentais expressos na nossa Constituição brasileira, que faz surgir a reserva jurisdicional para pratica de diversos atos tomados em fase policial.

5. ANALISE JUDICIAL DOS ATOS PRATICADOS PELA POLICIA JUDICIARIA

A atuação da Polícia Judiciária é fundamental como elemento para resguardar as leis, uma vez que detém a capacidade de elaborar atos administrativos que suprimi direitos constitucionais, como por exemplo o da liberdade e o da apreensão de bens.

Por deter tal poder discricionário, o nosso ordenamento jurídico determina que vários das ações praticadas pelas Policiais Judiciárias, precise de autorização judicial para surtir efeitos, como por exemplo a quebra de sigilo bancário elencada na lei complementar 105/2001.

Na verdade, vários dos atos administrativos praticados pela Polícia Judiciária, dependem de uma análise previa pelo poder judicial, ou seja, um controle do ato administrativo via judiciário.

Para o professor Edimur Ferreira de Faria (2012), a interferência do poder judiciário nos atos administrativos é uma forma de controle de legalidade, como explica "*O mérito do ato administrativo decorrente da discricionariedade é a conveniência ou a oportunidade. Esse poder de escolha, de eleição da conduta a ser adotada, conferido ao administrador, no entendimento da doutrina e da jurisprudência ainda dominantes refoge ao controle do Judiciário*"

A análise do poder judiciário então seria uma espécie de "freio e contrapeso", uma vez que um erro no poder discricionária atuação da polícia judiciária, traria sérios prejuízos para a Sociedade bem como para o indivíduo que teve seu direito cerceado.

Ressalta-se que a doutrina moderna considera a atuação da polícia judiciária como uma fase "pré processo", ou seja, cabível de ampla defesa e contraditório, sendo ultrapassado o pensamento do caráter inquisitivo na atuação da autoridade policial nos procedimentos que lhe são cabíveis.

O professor José Boanerges Meira (2009, p. 66), elabora uma tese de compatibilidade da atuação da polícia judiciária com o direito penal e administrativo, conforme "*busca por um modelo democrático de processo, incompatível com a prática de investigação criminal sigilosa. Resquícios da inquisitorialidade devem ser abominados de nosso sistema processual. Trata-se de retrocessos, verdadeiros empecilhos à evolução da*

Ciência Processual. A inquisitorialidade viola as garantias constitucionais e a dignidade da pessoa humana”

A atuação da polícia judiciária cada vez mais é atrelada ao direito administrativo em sua essência de princípios fundamentais a serem adotados, percebendo pelos estudiosos do direito que a polícia não atua somente na esfera penal, mas como uma mescla de diversos ramos do Direito.

6. DEFINIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são aqueles direitos inerentes a todo ser humano, simplesmente pela condição de ser humano. São dotados de valoração da mais alta importância na escala dos direitos, uma vez que todos da espécie humana são detentores de tais direitos.

O Direito não é rígido, e está em constante mutação acompanhando os ditames históricos. Assim, no passar da história de existência do ser humano, foi se moldando os direitos com a necessidade do momento.

A construção de princípios que não podem ser dispensados pelo ser humano, se tornara os direitos fundamentais. Por isso, podemos extrair que os direitos fundamentais transcendem os limites de espaço e tempo, não existindo fronteiras para seu exercício e não podendo ser dispensados.

Como dito, o momento histórico se mostra de extrema importância para o surgimento dos direitos fundamentais, o qual se evidenciam com a concretização de determinados fatos que levam a análise se são ou não coerentes para a vida do ser humano.

Por isso, os direitos fundamentais são a construção de preceitos ao longo do tempo, que levam a garantias inerentes a todos da espécie humana.

Como afirmava o professor Norberto Bobbio:

“..os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes ...”

Muitos doutrinadores diferenciam direitos fundamentais de direitos humanos, o primeiro sendo como as regras positivadas em determinado ornamento jurídico e o segundo sendo aqueles inerentes a todos os seres humanos, como defende Dirley da Cunha Jr.

Com a devida vênia, não se pode fazer diferenciação terminológica a direitos inerentes a raça humana, uma vez que essa diferenciação interna e externa de posituação, se torna "arma" para aqueles que querem desvirtuar a essência desses direitos.

Por isso, salvo melhor juízo, deve prevalecer como sinônimos direitos fundamentais e direitos humanos, uma vez que são inerentes a todos os seres humanos.

Cedido dizer que o direito fundamental mais exaurido na fase policial, incluindo nos atos administrativos praticados nessa fase, são os direitos a liberdade.

Necessário se faz trazer tal fundamentação desse direito como sendo, de acordo com o art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), o direito à liberdade constitui, ao lado do direito à vida, à igualdade, à propriedade e à segurança, um conjunto de direitos que formam o pilar jurídico dos direitos fundamentais.

Podemos conceituar a liberdade como a condição do ser humano de fazer ou deixar de fazer qualquer coisa. Trata-se de um direito inseparável da natureza humana que proclama a ideia de ser livre para pensar e agir da forma que quiser dentro dos limites da vida em sociedade.

A liberdade é a faculdade de ação ou omissão e proporciona ao indivíduo possibilidades de manifestação de suas vontades e preferências. É a expressão maior da autonomia pessoal.

Contudo, não se trata de um direito absoluto. A verdade é que a liberdade pressupõe responsabilidade, pois existem limites a serem observados, que, por sua vez, não podem violar o núcleo essencial das liberdades existentes.

A liberdade é um gênero das quais são espécies os vários tipos de liberdade. Até por isso, diversos autores denominam o tema como "direito às liberdades", de modo a destacar a existência de um direito geral de liberdade e seus variados desdobramentos.

Na CF/1988, o IV, do art. 5º, é tido como a cláusula geral da liberdade: "*é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*". A liberdade de manifestação do pensamento é uma liberdade ampla e assegura a liberdade em suas diversas formas, tais como: a liberdade opinião; liberdade de comunicação; liberdade de informação; liberdade religiosa, dentre outras. Além da liberdade de manifestação, compõe o núcleo essencial das liberdades, o direito de ir e vir, ou seja, a liberdade de locomoção.

O direito geral de liberdade atua como princípio norteador de interpretação e integração das liberdades em espécie, inclusive em todos os atos administrativos praticados pela autoridade policial.

A liberdade possui dois sentidos diversos, quais sejam: a liberdade positiva, denominada ainda de liberdade política ou liberdade dos antigos, e a liberdade negativa, chamada também de liberdade civil ou liberdade dos modernos.

A liberdade positiva pode ser conceituada como a situação na qual o sujeito tem a possibilidade de determinar a sua vontade para determinado objetivo sem interferência dos outros.

No entanto, a liberdade negativa é a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir sem ser impedido. É a limitação dos outros para a preservação da liberdade individual.

Por tal fato, se mostra fundamental a análise judicial dos atos que são usados para que seja restringido um direito de suma importância, que é indisponível a todos os seres humanos.

7. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS GARANTIDOS NA FASE POLICIAL

Importante se faz dizer que na delegacia de polícia, bem como todo o ordenamento jurídico, devem prevalecer pela aplicação dos direitos e garantias fundamentais. O delegado de polícia como primeiro técnico jurídico que analisa os fatos é o verdadeiro guardião primário dos direitos e garantias fundamentais da sociedade.

O art. 306, caput, do CPP dispõe que: *“a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”*.

Em se tratando de prisão em flagrante delito, segundo o art. 306, § 2º, do CPP, em até 24 horas após a realização da prisão, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e o das testemunhas. Esse prazo de 24 horas é contado a partir do momento da captura, e não da lavratura do auto de prisão em flagrante delito.

Tal importância faz com que surjam vários elementos em que o delegado de polícia deve atuar como garantidor dos direitos fundamentais como por exemplo o direito de liberdade.

Ao ser apresentado a autoridade policial, o indivíduo tem uma série de direitos expressos no art.5º da Constituição federal.

Ao tomar conhecimento de uma infração penal, o delegado tem o dever de atuar, e essa atuação deve ser pautada inicialmente por um ato administrativo.

A peça inaugural de uma investigação policial é um ato administrativo chamado "Portaria". Nesse ato, o delegado faz guardião de todos os direitos e garantias dos investigados, bem como, estipula as etapas que devem ser tomadas.

8. DAS PEÇAS POLICIAIS

Como dito, o delegado atua por meio de atos administrativos com cunho penal e processual penal, respaldados pela constituição federal. O primeiro dos atos tomados pelo delegado ao tomar conhecimento da prática de uma infração penal é instaurar inquérito por meio de uma portaria, esta, revestida de todos os elementos dos atos administrativos.

O inquérito policial é um conjunto de diligências executadas pela autoridade policial para exibir elementos informativos que apontam indícios de autoridade e provas de material de conduta delitiva (infração penal), permitindo ao Ministério Público (nos crimes de ação penal pública) ou ofendido (nos crimes de ação penal privada) ou oferta de denúncia e queixa-crime.

O inquérito policial possui natureza jurídica de procedimento administrativo de cunho inquisitivo, na medida em que é instaurado pela autoridade policial e, pelo menos em regra, não se aplica os princípios do contraditório e ampla defesa.

A portaria tem que ter motivação, ou seja, o que levou ao delegado instaurar o procedimento. O objeto é o fato ora apurado. A forma tem que seguir todos os trâmites legais. A competência é do delegado de polícia.

A persecução, no inquérito policial, concentra-se na figura do delegado de polícia que, por isso mesmo, pode determinar ou postular, com discricionariedade, todas as diligências que julgar necessárias ao esclarecimento dos fatos.

Em outras palavras, cabe ao delegado proceder ao que tem sido chamado pela doutrina de juízo de prognose, a partir do qual decidirá quais providências são necessárias para elucidar a infração penal investigada.

Assim, embora possa o delegado, por exemplo, segundo sua discricionariedade, concluir pela necessidade de efetivação de busca e apreensão domiciliar ou interceptação das conversas telefônicas, antes de adotar essas providências deverá obter a competente ordem judicial, sob pena de ilicitude das provas então obtidas. Do mesmo modo, ao proceder ao interrogatório do investigado, não poderá constrangê-lo a falar caso se reserve ele ao direito de permanecer em silêncio, pois este decorre não apenas da sistemática constitucional (art. 5º, LXIII, da CF/1988) como da própria legislação ordinária (art. 6º, V, c/c o art. 186, ambos do CPP).

Portanto, todos os atos praticados nessa peça são frutos de um ato administrativo.

O que resvala nos direitos e garantias fundamentais, uma vez que, ao nascer, o inquérito já tem prazo para ser apreciado pelo poder judiciário e qualquer pedido que restrinja algum direito fundamental, tem que ter o aval do juiz.

Ao estipular que é necessário a investigação a quebra do sigilo telefônico, o delegado deve submeter seu ato administrativo ao crivo do judiciário. Ao pedir prazo para concluir as investigações iniciadas pelo ato administrativo constitutivo, o delegado tem que pedir autorização judicial sob pena de nulidade.

Outra peça policial que posso citar é o Auto de Prisão em Flagrante delito, que nada mais é do ato administrativo tomado pelo delegado de polícia ao ser apresentado um sujeito que cometeu o crime após ou logo após a pratica. Nesse ato, inicialmente o delegado já lida com a análise de liberdade do indivíduo e caso o delegado ache que deve realizar aprivação da liberdade, o ato administrativo deve seguir todas as regras dos demais.

Neste caso, o juiz também analisara além da legalidade do ato, o seu mérito, uma vez que pode entender que o delegado tomou a decisão de forma equivocada, e portanto, fazer deixar de produzir efeitos o ato administrativo tomado pelo delegado por entender não haver necessidade.

9. DA PRISÃO

Importante para reforçar que as análises dos atos tomados pelo delegado dependem de uma convalidação judicial é quando se trata das prisões.

A palavra "prisão" tem origem no latim *prensione*, que vem de *prehensione* (*prehensio, onis*), cujo significado é prender. Nossa legislação não a utiliza de modo preciso. De fato, o termo "prisão" é encontrado indicando a pena privativa de liberdade (detenção, reclusão, prisão simples), a captura em decorrência de mandado judicial ou flagrante delito, ou, ainda, a custódia, consistente no recolhimento de alguém ao cárcere, e, por fim, o próprio estabelecimento em que o preso fica segregado – art. 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal de 1988 (CF/1988); art. 288, caput, do Código de Processo Penal – CPP.

No sentido que mais interessa ao processo penal, a CF/1988, em seu art. 5º, inciso LXI, dispõe que "*ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei*".

A prisão mais comum em âmbito policial é a em flagrante delito, expressa no art. 302 do CPP. Nessa modalidade de prisão, flagrante delito pode ser definido como uma medida de autodefesa da sociedade, caracterizada pela privação da liberdade de

locomoção daquele que é surpreendido em situação de flagrância, a ser executada independentemente de prévia autorização judicial (art. 5º, inciso LXI, da CF/1988).

A execução de uma prisão em flagrante deve observar as regras e formalidades previstas na CF/1988 e no CPP.

Todas as formalidades legais devem ser observadas quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, seja no tocante à efetivação dos direitos constitucionais do preso em flagrante, seja em relação à documentação que deve ser feita, sob pena de a prisão ser considerada ilegal, do que deriva seu relaxamento. Tal ilegalidade, todavia, só atinge a prisão em flagrante, não contaminando o processo, uma vez que os vícios constantes do inquérito policial não têm o condão de macular a ação penal a que der origem. Lembrando que o relaxamento da prisão em flagrante por força da inobservância das formalidades legais não impede que o juiz decrete a prisão preventiva ou a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, desde que preenchidos seus pressupostos.

Pelo princípio da jurisdicionalidade, a decretação de toda e qualquer espécie de medida cautelar de natureza pessoal está condicionada à manifestação fundamentada do Poder Judiciário, seja previamente, nos casos da prisão preventiva, temporária e imposição autônoma das medidas cautelares diversas da prisão, seja pela necessidade de imediata apreciação da prisão em flagrante, devendo o magistrado indicar de maneira fundamentada, com base em elementos concretos existentes nos autos, a necessidade da segregação cautelar, inclusive com apreciação do cabimento da liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 310, incisos II e III, do CPP).

No processual penal, a tutela jurisdicional cautelar é exercida por meio de uma série de medidas cautelares previstas no CPP e na legislação especial, para instrumentalizar, quando necessário, o exercício da jurisdição. É comum se deparar com situações inusitadas que demandam providências de natureza urgente e para assegurar a correta apuração do fato delituoso, a futura e possível execução da sanção, a proteção da própria coletividade, ameaçada pelo risco de reiteração da conduta delituosa, ou, ainda, o ressarcimento do dano causado pelo delito.

10. CARACTERÍSTICA DA ANÁLISE JUDICIAL

Como demonstrado, a análise judicial dos atos praticados pelo delegado de polícia são frutos dos limites de garantias e direitos fundamentais de cada pessoa.

Pode dizer que houve essa escolha de análise obrigatória dos atos administrativos praticados pelo delegado de polícia com cunho penal ao poder judiciário como forma de dar a cada pessoa uma análise crucial de seus direitos e garantias fundamentais.

Portanto, a maior característica que pode se abstrair levando em consideração a separação de poderes em fase da análise judicial do mérito tomado pelos atos administrativos praticados pelo delegado de polícia é a tentativa de assegurar os direitos fundamentais para as pessoas.

Nesse juízo de ponderação entre os princípios, valeu-se de que a separação de poderes não é maior do que os direitos e garantias fundamentais, devendo os atos administrativos tomados pelo delegado que tenham cunho penal serem submetidos a análise de mérito por parte do judiciário.

11. CONCLUSÃO

Após discorrer é fundamentar as ideias do presente trabalho, se evidencia que no curso da atuação da polícia judiciária, mesmo sendo um ato administrativo, é possível a análise do poder judiciário nos casos que forem contrários a Lei.

É importante frisar que o próprio ordenamento jurídico penal, há vários procedimentos em que a análise do judiciário após a tomada da decisão por parte da autoridade policial é obrigatório. A análise judicial das prisões em flagrante pela autoridade policial deve ocorrer imediatamente, conforme Art. 287 do Código de Processo Penal.

A evolução doutrinária evidencia que a polícia deve atuar seguindo não somente as regras penais, mas todas regras cabíveis a Administração Pública, por praticar atos administrativos com fins de alcançar o sistema judicial.

O Legislador ao elaborar as normas penais deixou evidente que a atuação do judiciário como detentor da convalidação dos atos administrativos praticados no âmbito penal deixa nítido que há uma interdisciplinaridade entre o Direito Penal e o Direito Administrativo.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; **PAULO**, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado** 23ª Edição, São Paulo, Editora Método: 2013

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 26ª Edição. 2009.

BRASIL. Decreto Lei 3.689 de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, 03 de outubro de 1941

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Brasília, 05 de outubro de 1988;

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**, 3ª Edição. Salvador, 2016.
Editora JusPodvm.

FARIA, Edimur Ferreira. **Controle do Mérito do Ato Administrativo Pelo Judiciário**,
Forum, 2012

LOPES MEIRELES, Hely, **Direito Administrativo Brasileiro**, São Paulo: Malheiros, 2003.

MEIRA, José Boanerges. **Inquérito Policial**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009;

CRESCIMENTO DA VIOLÊNCIA E CRIMINALIDADE FRENTE A DIVERSIDADES SOCIAIS E A COVID 19

RAYANE PIETRA JORGE MARTA:
Bacharelada do Curso de Direito,
Campus Santa Fé do Sul/SP

RODRIGO SONCINI DE OLIVEIRA GUENA.

(orientador)

RESUMO: Este presente trabalho tem por finalidade decorrer sobre a criminalidade que assola nosso país, as mídias, redes sociais relatam a todos os momentos as barbáries nesse universo em transição onde hoje passamos por uma catástrofe dissipando milhões de pessoas, uma doença até então desconhecida, a COVID 19, avassaladora, mortes em demasia, com as medidas de distanciamento social, aumentaram os casos de violência doméstica, principalmente contra mulheres e crianças. Contudo os crimes são explícitos perante todos, mas dificilmente se aponta as verdadeiras causas, a maioria culpa a desigualdade social, a falta de oportunidade, o desemprego, a falta de educação, a pobreza, o capitalismo e até mesmo a própria sociedade. Ressalta-se assustador as violências geradas por tamanho descaso, crimes hediondos muitas vezes impunes, será que as leis são iguais para todos, as justiça são praticadas no Tribunal, inúmeros crimes são camuflados por autoridades maiores, sem ao menos que possamos impor e exigir o respeito a dignidade humana. A metodologia aplicada será a de pesquisa bibliográfica e exploratória, consulta a fontes de dados referentes ao decorrer do assunto aqui explicito.

Palavras-chave: Chave- Covid 19, violências, sociedade.

ABSTRACT: The purpose of this present work is to evolve about the crime that plagues our country, the media, social networks report at all times the barbarities in this universe in transition where today we go through a catastrophe dissipating millions of people, a disease hitherto unknown, COVID 19, overwhelming, too many deaths, with the measures of social distancing, increased cases of domestic violence, especially against women and children. However, the crimes are explicit before everyone, but the real causes are hardly pointed out, most blame social inequality, lack of opportunity, unemployment, lack of education, poverty, capitalism and even society itself. It is frightening to highlight the violence generated by such negligence, heinous crimes that often go unpunished, are the laws the same for everyone, justice is practiced in the Court, countless crimes are camouflaged by higher authorities, without even being able to impose and demand the respect for human dignity. The methodology applied will be the bibliographical and exploratory research, consulting the data sources referring to the course of the subject explained here.

Keywords: Covid 19, violence, Society

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. ABORDAGEM TEORICA -ECOLOGIA ECOLOGICA de CHICAGO. 2.1 FASES DE UM CRIME. 3. SISTEMA PENAL NO BRASIL. 3.1 DESIGUALDADE PENAL. 4. CONCLUSÃO, 5. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Criminalidade, uma catástrofe social que afeta uma nação , uma expressão forte que não condiz com o mundo que almejamos, alguns países adotam regras rígidas, leis que determinam a punição para cada ato de crueldade, outros países que são assombrados por falta de punições e coerência com as atrocidades, as denúncias que trafegam através das mídias e nos deixam apreensivos por tamanha desigualdade social, o caos que vivenciamos, as barbáries se manifestam intensamente o que foi obstruindo o desenvolvimento da economia ,

Este avanço na criminalidade consolidou a sociedade como um todo, uma sensação generalizada de impunidade, insegurança que ameaça a toda população independente de classe social, entender o que leva uma pessoa cometer um crime é uma tarefa complexa e difícil, não há explicação consistente para tal motivação.

O estudo visa mostrar que mesmo que o nosso direito penal estivesse em efetividade, ainda não atingiríamos a segurança pública e a paz social, direitos garantidos pela Constituição, pois o sistema penal vigente não ataca as causas, mas apenas os efeitos, fazendo com que as pessoas. cada vez mais os jovens se concentram no crime. No contexto da pesquisa exploratória, parece que os dados encontrados para o Brasil parecem produzir índices de criminalidade muito altos. Fatores crimino gênicos exógenos, como socioeconômicos, socioambientais e sócio pedagógicos, já foram percebidos e mencionados em diversos momentos, desde os primórdios de nossa existência.

As notícias sobre o aumento de registros de violência doméstica que se passaram às medidas de quarentena em vários países chegaram ao Brasil quando as medidas de distanciamento social ainda eram delineadas e criadas. Algum tempo após terem sido iniciadas as medidas de quarentena, os números publicados passaram a evidenciar no Brasil o que o noticiário internacional já havia adiantado: o aumento dos registros de violência doméstica e dos casos de feminicídios (IPEA, 2020).

Atualmente, essa temática tem ganhado destaque nas agências de notícias em virtude ao contexto extraordinário que vivemos no período da pandemia da COVID-19. Assim, a OMS tem se pronunciado em relação e vem alertando para o aumento do risco de mulheres sofrerem violência doméstica durante a pandemia, pois, a associação do isolamento social a fatores como a maior proximidade e convivência forçada com

agressores, o aumento do estresse, o uso de álcool e outras substâncias, a restrição de acesso aos serviços públicos de proteção às vítimas e as dificuldades econômicas das famílias, criam um ambiente favorável para as múltiplas demonstrações de violência doméstica (WHO, 2020).

A segurança pública é de responsabilidade total do Estado, que deve ser cumprida de forma adequada e urgente à medida que evoluímos para um Brasil onde a violência prevalece, ameaçando a evolução social de milhões de pessoas. O sistema deve ser revisto de maneira sucinta e prioritária, dando ênfase a uma sociedade mais justa.

Desta forma, apresenta a criminologia preventiva como uma possível solução para alcançar a verdadeira dignidade humana, para que não atinja o crime, e se já aconteceu, então através de políticas públicas eficazes não há reincidência. O cidadão tem subsídios para escolher um caminho diferente, e caso se torne criminoso, uma política pública eficaz baseada nas características do criminoso e em fatores socialmente criminogênicos, buscando resgatar com sucesso o infrator e sua capacidade de exercer a cidadania.

A teoria da vulnerabilidade (de Zaffaroni) propõe a redução da culpabilidade (da responsabilidade) para aquelas pessoas que têm as maiores chances de sofrer punições do direito penal. É uma contraproposta à teoria da co-culpabilidade, que atribui à sociedade, quando excludente e segregante, a colaboração para a prática de delitos. Para esta teoria, é na pobreza que reside a causa maior da criminalidade. Exemplo: quando o sistema social marginaliza o sujeito, a sociedade que não o incluiu, terá que arcar com o ônus da exclusão e o agente merecerá uma compensação por isso. Ademais, se a sociedade o fez assim, terá que tolerá-lo. Para a teoria da co-culpabilidade o pobre é o agente em potencial para a prática de delitos.

Acontece que o criminoso não pode ter qualquer distorção das coisas certas, e por causa do ambiente social em que cresceram, muitas pessoas se tornam criminosas. Afetados por fatores ambientais, psicológicos e sociais. Os fatores sociais mais comuns são os seguintes:

Fatores-Sócio-familiares: A falta, a deterioração ou o desajustamento da estrutura familiar. Diz Jean Pinatel, que no fator familiar está a raiz mais profunda da criminalidade. **Fatores Socioeconômicos:** de um lado a pobreza, a vadiagem, a refratariedade ao trabalho, o desemprego e o subemprego; de outro lado, a riqueza, quando suscitada pela ganância descontrolada, a volúpia de ganho fácil, com derivações à exploração, à fraude, à falsificação e a atos clandestinos os mais insidiosos, sórdidos e torpes, com engenhosas articulações para enganar. **Fatores Sócio-Ético-pedagógicos:** a ignorância, a falta de educação e a falta de formação moral. Esses fatores levam os

indivíduos à falta ou à falsa representação de realidade Fatores Socioambientais: as más companhias e as más influências ambientais e, dentro desses influxos concorrentes estão expostos os menores carentes e abandonados, vítimas da corrupção, de maus tratos e de exploração [...] e inconvenientes, a inalar cola, a fazer uso de outras substâncias tóxicas, ou sendo usados e explorados para os atos antissociais (FARIAS JUNIOR, 2001, p. 58).

Diante de fatos expostos, apesar da taxa de criminalidade perante a sociedade brasileira ainda ser uma realidade conflitiva, diversas formas de combate-las estão atingindo uma maior relevância por parte das autoridades competentes, mas que, no entanto, a segurança pública não está sendo eficiente, entender o porquê de tal fato é complexo.

2 ABORDAGEM TEORICA - ECOLOGICA DE CHICAGO

Entre os principais representantes da Escola Ecológica de Chicago estão Robert Park, Ernest W. Burgess, Robert Mckenzie e Clifford E. Shaw, cujas obras e teorias se baseiam do estudo do delito através do resultado da relação entre o homem e o ambiente estrutural onde vive.

Vários estudiosos adentraram a essa abordagem, segundo a Teoria da Ecologia Humana vê a cidade como um elemento motivador da criminalidade, pois para ela convergem fatores que trazem em si elementos predisponentes à incidência de atos violentos.

Para definir o método ecológico Sérgio Salomão diz que: "é na cidade que produz as diferenças nela constatadas e não se pode, naturalmente, ignorar o ponto de partida que é a sua estrutura ecológica.

Afirma Sérgio Salomão Shecaira que os estudos recentes sobre criminalidade revelam que é nos ambientes em que se encontra maior índice de desorganização social onde ocorre maior porcentagem de cometimento de crimes. O autor destaca que há uma facilidade de encontrar grande incidência da criminalidade nas áreas de maior desorganização urbana. É nas periferias que o maior número de crimes ocorre, nessas áreas o controle formal e informal praticamente inexistente.

Há princípios que criam um ambiente propício à violência, e outros que sustentam divisões entre diferentes segmentos da sociedade, dentre eles citam-se as normas culturais que veem a violência como uma forma aceitável para resolver conflitos, normas que fixam o domínio masculino sobre as mulheres e crianças e normas que apoiam o uso abusivo da força pela polícia contra os cidadãos (DAHLBERG; KRUG, 2007, p. 1173).

A referência dos diferentes tipos de crimes, nos leva a deparar com inúmeras características que irão no decorrer do processo classifica-los de uma forma sucinta. Os critérios adotados nos darão o início das medidas adotadas para cada abordagem.

Abaixo um resumo das principais abordagens teóricas sobre a temática do crime e da violência:

TEORIA	ABORDAGEM	VARIAVEIS
Patologias individuais	O crime decorre de ajustamento de problemas mentais ou biológicos que o indivíduo teria conectado a outros problemas derivados de relacionamentos sociais.	Disfunções biopsicológicas associadas a problemas de sociabilidade
Ecologia humana	O crime decorre da correlação das relações simbólicas e culturais com a congregação espacial dos indivíduos.	Organização espacial das cidades, mobilidade social, controle social.
Anomia	Impossibilidade de o indivíduo atingir metas desejadas por ele. Três enfoques: a) Diferenças de aspirações individuais e os meios disponíveis; B) Oportunidades bloqueadas; c) Privação relativa.	Participa de redes de conexões? Existem focos de tensão social? Eventos da vida negativos, sofrimento cotidiano, relacionamento negativo com adultos, brigas familiares, desavenças com vizinhos, tensão no trabalho.
Aprendizado social (Associação Diferencial)	Os indivíduos determinam seus comportamentos a partir de suas experiências pessoais com relação a situações de conflito, por meio de interações pessoais e com base no processo de comunicação.	Grau de supervisão familiar, intensidade de coesão nos grupos de amizade, existência de amigos com problemas com a polícia, percepção dos jovens sobre outros envolvidos em problemas de delinquência, jovens morando com os pais, contato com técnicas criminosas.
Controle social	O que leva o indivíduo a não enveredar pelo caminho da criminalidade? A crença e a percepção do mesmo em concordância com o contrato	Envolvimento do cidadão no sistema social, concordância com os valores e normas vigentes, ligação filial, amigos delinquentes, crenças desviantes.

	social (acordos e valores vigentes), ou elo com a sociedade	
Desorganização social	Abordagem sistêmica em torno das comunidades, entendidas como um complexo sistema de redes de associações formais e informais.	Status socioeconômico, heterogeneidade étnica, mobilidade social, desorganização familiar, urbanização, redes de amizades locais, grupos de adolescentes sem supervisão, participação institucional, desemprego, existência de mais de um morador por cômodo.
Autocontrole	O não desenvolvimento de mecanismo psicológico de autocontrole entre os dois anos e a pré-adolescência que geram distorções no processo de socialização pela falta de imposição familiar.	Frequentemente, eu ajo ao sabor do momento sem medir consequências, eu raramente deixo passar uma oportunidade de gozar um bom momento.
Interacional	Processo interacional dinâmico com dois ingredientes: 1) Perspectivas evolucionárias, cuja carreira criminal inicia-se aos 12/13 anos, ganha intensidade aos 16/17 e finaliza aos 30 anos; 2) Perspectiva interacional que entende a delinquência como causa e consequência de um conjunto de fatores e processos sociais.	As mesmas daquelas constantes nas teorias do aprendizado social e do controle social.
Escolha racional	O indivíduo decide sua participação em atividades criminosas a partir da avaliação racional entre perdas e ganhos esperados advindos das atividades ilícitas.	Salários, renda familiar per capita, desigualdade de renda, acesso a programas de bem-estar sociais, eficiência da polícia, adensamento populacional, magnitude das punições, inércia criminal, aprendizado social, educação.

(Fonte: CERQUEIRA (2007, p.27).

Todas as hipóteses utilizadas para explicar as causas dos crimes violentos mostram sua contribuição para o período histórico de seu desenvolvimento, apesar das mudanças na sociedade, que por sua vez mudaram o modo de pensar da sociedade e afetaram a percepção dos diversos fenômenos sociais. Na pesquisa contemporânea sobre o crime, alguns métodos teóricos, como o determinismo, ainda são usados, e ainda há evidências para esses métodos.

2.1 Fases de um crime

Da concepção à implementação e aperfeiçoamento de todo o processo, o crime passou por cinco etapas.

As fases decorrentes são chamadas de *iter criminis*, essa expressão em latim significa "caminho do crime".

1. Fase de cogitação - Nesta fase existem pensamentos sobre o crime, ou seja, a pessoa está a pensar em crime, mas isso não significa que será implementado. O crime em questão não será punido mesmo que não seja consumado, pois ainda assim não prejudica os interesses jurídicos.

2. Fase de preparação - Nesta fase, a pessoa que pretende cometer um crime começa a tomar as medidas necessárias para colocá-lo, trata-se de um ato de preparação para o crime. De modo geral, a menos que o ato criminoso também seja proibido por lei, o ato de preparação antes da prática do crime não constitui base para punição.

3. Fase de execução - Esta é a fase em que o crime realmente acontece, é quando os criminosos realizam ações preparatórias para a prática. O êxito do crime pode ser consumado, o que determinará se o crime foi consumado ou tentado, sendo que ambos devem ser punidos por lei.

4. Fase de consumação: Quando o ato criminoso for colocado em prática e atingir o resultado planejado, ele será validado como crime.

5. Fase de exaurimento - A última etapa está relacionada ao comportamento do infrator e às circunstâncias que podem ser consideradas na aplicação da pena, como comportamento agravante e atenuante. Aqueles com circunstâncias agravadas podem aumentar a quantidade de punição, enquanto aqueles com circunstâncias menores podem reduzir a pena.

Depois de determinar a pena básica para um determinado crime, o juiz considera as circunstâncias de mitigar a pena (diminuir a pena) ou aumentar a pena, dependendo do

agravante. Estes devem ser apresentados pelos advogados de ambas as partes durante este processo.

3 SISTEMA PENAL NO BRASIL

O sistema penal abrange todos os sistemas utilizados em relação ao direito penal, incluindo os mecanismos e políticas utilizadas. Abrange a polícia, a justiça criminal, o sistema prisional e o direito penal. Sob o aspecto criminal, há uma clara necessidade de mudanças no sistema penal, uma vez que sua ineficácia é declarada.

Devido a precariedade do sistema prisional, o reflexo das características negativas inerentes à sociedade torna-se visível, funcionando como uma ampliação dos elementos típicos do capitalismo, quais são: egoísmo e exploração de indivíduos socialmente mais débeis (BARATTA, 2002, p. 186). Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu declaradamente a existência do Estado de Coisas Inconstitucional. Assim, é relativamente difícil acreditar que os presídios brasileiros estão prontos para combater com êxito a pandemia do Covid-19.

Conforme observa Greco (2016, p.166): “a superlotação carcerária começou a ser a regra das prisões”. Tal fato foi comprovado pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN, 2019), apontando que o Brasil se encontra com mais de 700 (setecentos) mil encarcerados, porém, sua capacidade estrutural é para aproximadamente 400 (quatrocentos) mil. Dessa forma, o distanciamento entre os detentos no interior das celas, torna-se impossível.

Discorre-se que além da superlotação, o ambiente carcerário é insalubre, úmido, escuro, com pouca ventilação e higiene precária, não apresentando o mínimo de condições para a vida saudável e, por isto, tornou-se uma fonte de proliferação de doenças infectocontagiosas, alguns aprisionados possuíam estas doenças antes de serem presos, porém, elas são agravadas dentro dos presídios.

Neste segmento, a maior parte das mortes que ocorrem dentro dos presídios não são em decorrência da violência, e, na verdade, doenças como tuberculose, sífilis e HIV representam 62% dos óbitos. Segundo o Ministério da Saúde, os detentos possuem 28 (vinte e oito) vezes mais chances de contrair tuberculose do que as pessoas livres e estes dados reforçam ainda mais a vulnerabilidade destas pessoas.

Outro ponto que merece destaque é a inviabilidade de tratar as pessoas infectadas pelo novo Corona vírus dentro dos próprios presídios, isto porque: falta espaço físico para o tratamento adequado, falta equipamento técnico para intubação e falta equipe de saúde para atender o grande volume de pacientes. Assim, será necessário montar uma equipe de

escolta para fazer a transferência para o hospital, ocupando os poucos leitos e que já estão em falta.

Não se pode esquecer que o direito à saúde faz parte do rol de direitos fundamentais sociais implementados pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), presente também no art. 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988). E, em consonância com este direito fundamental, a Lei de Execuções Penais (LEP) também assegura ao preso, em seu artigo 14, a assistência médica e farmacêutica. (BRASIL, 1984).

Medidas de repressão violenta, não são recorrentes na luta contra crimes, isso é visível a sociedade.

A comissão revisora do projeto do código Penal de 1940, em Exposição de Motivos inicia com a seguinte redação: Com o código penal atual, há uma tendência de reformá-lo. Desde o dia em que entrou no rigor, passou a considerar a correção de seus erros e falhas. Em comparação com a criminologia de sua época, acredita-se que é necessário mantê-la sincronizada com o pensamento dominante no campo da criminologia, ao mesmo tempo em que amplia a estrutura para considerar novos criminosos. À medida que o progresso for feito, a indústria e a tecnologia serão enriquecidas e punido Lista de fatos. Três dogmas decorrem dessa premissa criminosa: livre arbítrio, responsabilidade moral e punição. No entanto, pesquisas mostram que essas são as premissas erradas, os motivos pelos quais podem ser a causa de sua ineficácia, porque o mundo que temos hoje é perverso.

. Como a legislação se limitou quanto à conceituação de crime esse foi alocado à doutrina, sendo uma das peças centrais para os estudiosos da doutrina penal (BITENCOURT, 2015).

Nesse sentido, há a definição legal de crime estabelecida por nossa legislação no art. 1º da Lei de Introdução do Código Penal;

(...) considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (BRASIL, 1941).

Outro alerta preliminar que deve ser feito é que o índice de criminalidade no Brasil é muito elevado, aumentou acentuadamente nas últimas décadas. Além das reformas legais no sentido jurídico, sua taxa de encarceramento também aumentou

significativamente. O fortalecimento a legislação criminal é aplicado segundo as leis que regem o Código penal.

Portanto, correndo o risco de simplificação, pode-se dizer que o sistema prisional brasileiro terá cinco características básicas: superlotação carcerária, cultura autoritária, violência sistêmica, falta de condições sanitárias e oferta insuficiente de trabalho e estudo.

Como consequência, tem ocorrido a violência sistêmica, ou seja, a relação violenta entre gestores penitenciários e presidiários. Da mesma forma, os relacionamentos entre indivíduos privados de sua liberdade são frequentemente caracterizados pela violência.

Como mudar a situação carcerário no Brasil, visto que é repleta de falhas, descuidos, situações injustificadas, demonstra sua ineficiência, desatualizada, onde em observância verifica-se a falta de políticas públicas aplicadas de forma coerente, cidadãos não recebem uma conduta de operações ao adentrarem no sistema prisional

3.1 Desigualdade Penal

Vivenciamos através de redes de comunicação, a desigualdade perante as classes sociais dos detentos, onde crimes de mesmo calibre possuem penas que diferem a conduta ajuizada durante um julgamento.

O sistema punitivo no Brasil é explícito, escancarado, são desigualdades que privilegiam uma classe social mais elevada, onde a posição social impera, direitos e deveres não são cumpridos, o dinheiro flui desordenadamente, dando ênfase aos privilégios.

O sistema carcerário não dá um subsídio aos detentos que devido sua condição social permanecem às escuras, as prisões não oferecem aos presos condições básicas de higiene, educação, convívio, etc. Não há ressocialização dos condenados e a taxa de reincidência é alta. O sistema está falido e o Estado não investe nele, preferindo adotar medidas ineficazes, como criar leis absurdamente inoperantes.

Contudo a ressocialização é fato determinante para o bom desempenho do detento ao alcançar sua liberdade. Dar condições dignas de estudo, trabalho, ter atividades que o ajudará perante a sociedade. A ociosidade dentro de uma penitenciária irá gerar ainda mais tempo de planejar outros delitos.

Vale ressaltar o posicionamento de Nucci (2009, p.393):

“Pensamos, entretanto, que não se combate ao crime organizado, dentro ou fora dos presídios, com o mesmo tratamento destinado ao delinquente comum. Se todos os dispositivos do Código Penal e da Lei de Execução Penal fossem fielmente cumpridos, há muitos anos, pelo

Poder Executivo, encarregado de construir, sustentar e administrar os estabelecimentos penais, certamente o crime não estaria, hoje, organizado, de modo que não haveria necessidade de regimes como o estabelecido pelo art. 52 da Lei de Execução Penal”.

Nucci (2009) destaca que constitui uma sanção muito pior ser inserido em uma cela coletiva, com superlotação, em condições completamente insalubres do que ser colocado em uma cela individual, longe da violência de qualquer espécie, com mais higiene. Assim, o famigerado sistema penitenciário brasileiro é uma afronta maior ao princípio da humanidade, que vem se mostrando uma alternativa viável para manter o avanço da criminalidade dentro das próprias cadeias.

Segundo a LEP (Lei de Execução Penal) traz como forma de manter os direitos Constitucionais toda a assistência que o Estado deve garantir aos presos, nós temos dos Artigos. 10 e 1134:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:

I - Material;

II - À saúde;

III - Jurídica;

IV - Educacional;

V - Social;

VI – Religiosa. (BRASIL, 2017).

Contudo mesmo a Lei de execução penal (LEP) englobar os direitos básicos dos presos, o que vemos é o descaso total das autoridades na aplicação dessas diretrizes. Lamentavelmente, é comum que a própria sociedade aprove essa triste realidade, sem ao menos levar em conta as consequências desse descaso que o sistema prisional vem enfrentando. Requerer dignidade ao detento que cumpriu sua pena, ou seja, pagou pelo seu crime perante a sociedade, é dever de todos nós, dando oportunidade de regresso ao meio social, contudo objetivamente muito tem que ser feito, isso clama-se a dignidade humana e não o retorno ao crime por falta de oportunidade

4 CONCLUSÃO

Relatando assim a complexidade do tema e os limites do presente trabalho, muito tem a ser explorado o contexto é relativamente extenso, visto a grandes divergências quanto a seguirem a Constituição, os termos exequentes para que se atenda aos Direitos humanos, visto a dificuldade exaurida recorrente a criminologia que assola o país.

Quanto maior a desigualdade social, ou seja, a disparidade econômica: cresce a desigualdade, cresce a violência aumentando assim o índice da criminalidade.

Fontes confiáveis nos revelam a intensidade de crimes que chocam a sociedade, principalmente entre crianças e mulheres, por serem mais vulneráveis, frágeis, e relatando o distanciamento social devido a Covid 19, esses crimes tornam-se mais suscetíveis devido ao isolamento domiciliar.

Penitenciárias superlotadas, descasos públicos, a falta de gerenciamento, faz com que a situação se agrave a cada dia, e os direitos humanos acaba abstendo-se em um "livro fechado". A oferta de trabalho, estudo, trabalhar o psicológico do detento, tornaria mais ampla a visão de um futuro promissor.

A insignificância perante ao sistema carcerário de uma ressocialização, de melhorias no ambiente, alerta por um futuro de revoltas, após o cumprimento da sentença, a liberdade pode retroceder a um retorno criminal, pois não teve aparato para voltar a sociedade sendo humanamente preparado para a finalidade de voltar a sociedade e refazer sua dignidade.

A concepção de que o principal método de se tratar o crime é a prisão, contudo o objetivo e neutralizar o indivíduo a não cometer outros crimes, enquanto encarcerados, no entanto, não se tem alcançado seus objetivos principais, já que comprovado o egresso sai da prisão com caráter mais agravado do que quando foi preso, saem diplomados no termo criminologia, pois a mente ociosa é determinante na sua formação ideológica.

Finalizando, como disse anteriormente o tema é complexo, declina-se um estudo aprofundado, visando empenhar-se nas políticas públicas, direitos humanos, que não permaneçam em livros fechados, mas que seja explícito, cumprido e respeitado como condição humana.

5 REFERÊNCIAS

<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121923492/o-que-se-entende-por-teoria-da-vulnerabilidade...> acesso em:18 de maio de 2021.

<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/8261...> Acesso em:14 de maio de 2021

https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2633.pdf.. Acesso em: 13 maio de 2020.

WHO; OPAS. COVID-19 e a violência contra a mulher. World Health Organization, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/36dQUIO>

HIPÓCRATES [460/370 A.C]. **Conhecer, cuidar e amar**. São Paulo: Landy, 2002, p. 79.

ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. 3. ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006 (Biblioteca de autores clássicos).

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Porto Alegre: L&PM, 2008.

FARIAS JÚNIOR, João. **Manual de criminologia**. 4. ed. Curitiba: Juruá: 2008.

CASTRO, Lolita Aniyar de. **Criminologia da reação social**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br> - 09-04-2021

BITENCOURT, Cezar. Tratado de direito penal: parte geral 1 – 21. Ed. ver, ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

Manual de direito penal: parte geral, parte especial / Guilherme de Souza Nucci. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

PARK, R. E. A cidade: sugestões para a investigação do comportamento humano no meio urbano. In: VELHO, O. G. (org.). O fenômeno urbano. Rio de Janeiro, Zahar, 1979. O artigo original foi publicado em 1915 no American Journal of Sociology, sob o título: The City: suggestions for the investigation of Human Behavior in the Urban Environment.

DAHLBERG, L. L.; KRUG, E. G. Violência: um problema global de saúde pública. Ciência & Saúde Coletiva, v. 11, pp. 1163-1178, 2007. (Suplemento).

SHECAIRA, Sergio Salomão. Criminologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 148.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Raízes da sociedade criminógena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 291.

DOAÇÃO DE BENS EM VIDA E SUAS LIMITAÇÕES

MÁRIO GENTIL DE OLIVEIRA CAETANO:

Bacharelado em Direito pela Universidade
UNIRG de Gurupi - TO

VERÔNICA SILVA DO PRADO DISCONZI

(orientadora)

RESUMO: O presente trabalho aponta uma análise sobre as limitações das doações de bens em vida no Brasil, dando ao doador ou ao donatário informações e meios para realizarem uma doação de bens prospera, longe de frustrações e possíveis aborrecimentos ao decorrer do ato. Dá ao leitor, possibilidades e consciência do que se pode fazer, erros que podem ser cometidos, possibilidades de revogação do contrato de doação, cláusulas que devem ser observadas, custos que surgem ao longo do processo de doação, tudo isso, apontando as possíveis limitações que podem ser enfrentadas pelas partes. Tudo embasado em trabalhos de doutrinadores renomados, trabalhos de pesquisa dos quais tem uma fonte rica em informações relevantes ao trabalho, entendimentos jurisprudenciais e conhecimento acadêmico. Com o objetivo puro e simples de dar aos profissionais e acadêmicos da área do direito e as pessoas interessadas no tema um olhar firme e forte sobre o que deve ser feito quando se deparar com a matéria.

Palavras chave: Doação; Doador; Donatário.

ABSTRACT: The present work points out an analysis of the limitations of donations of goods in life in Brazil, giving the donor or the donor information and means to make a donation of goods prosper, far from frustrations and possible annoyances during the act. It gives the reader, possibilities and awareness of what can be done, mistakes that can be made, possibilities of revoking the donation contract, clauses that must be observed, costs that arise during the donation process, all of this, pointing out the possible limitations that can be faced by the parties. All based on the work of renowned scholars, research papers from which they have a rich source of information relevant to the work, jurisprudential understandings and academic knowledge. With the pure and simple objective of giving professionals and academics in the field of law and people interested in the subject a firm and strong look at what should be done when faced with the matter.

Keywords: Donation; Donor; Donatory.

Sumário: 1. Introdução. 2. Da doação. 3. Das limitações da doação em vida. 4. Limitações por parte do Doador. 4.1. Doação Universal. 4.2. Doação Inoficiosa. 4.3. Doação do Cônjuge Adúltero ao seu Cúmplice. 4.4. Fraude Contra Credores. 4.5. Tributos Incidentes na Doação.

5. Limitação por parte do Donatário. 5.1. Doação com Encargo. 5.2. Doação com cláusula de Inalienabilidade. 5.3. Revogação da Doação. 6. Considerações Finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Quando se fala em doação de bens, quem não tem uma noção jurídica acredita que se pode fazer o que bem entender deles, contudo não é bem o que parece. Como grande parte das ações dos seres humanos tem suas limitações, a doação não seria diferente. Existem regras que não podem ser desconsideradas na hora motivar tal ato jurídico tanto por parte do doador quanto por parte do donatário.

Os bens em vida podem ser doados tanto para satisfazer a vontade do doador em relação a algo ou alguém, quanto para facilitar na hora de uma possível e futura partilha de bens que deveras é complicada e dispendiosa, gerando normalmente custos altos a família e possíveis desavenças familiares. Entre tantas outras perceptivas em relação a doação em vida que pode dar ao doador um leque de possibilidades, dando a pessoa oportunidade de dar ou deixar a alguém parte de seus bens a entes queridos, entidades entre outros, mesmo que não sejam da mesma família.

A presente pesquisa científica tem em sua visão geral especificar algumas curiosidades do direito acerca das limitações que as pessoas tem em relação aos seus próprios bens, tudo isso com embasamento específico e científico. De forma mais clara e concisa é esclarecer as restrições que o indivíduo tem em relação a doação de seus bens. visando indicar onde se encontra essa limitação nas especificidades do direito civil, e onde se encontra sua autonomia de dar e receber. Não deixando de mostrar onde se localizam os direitos do cidadão em relação ao assunto, para que o mesmo se apegue e se previna de possíveis frustrações.

É a partir dessa perspectiva de dar as pessoas uma luz acerca desse empasse que prejudica e de certa forma causa morosidade e frustração quando uma pessoa doa algo a outrem, sem que tenha tais elementos que devem ser levados em consideração no momento de efetuar a doação. Foi daí que se deu o engajamento para que fosse formulada tal pesquisa, com o intuito de dar as pessoas o caminho certo a se seguir no ato da doação.

Com a pandemia do covid-19 muitos se preocupam com o que pode vir a ocorrer caso venham a faltar, se importam com o que será feito com seu patrimônio caso ocorra alguma fatalidade. Tendo em vista que a doação pode ser usada como um meio de organização dos bens, podendo-se doar a quem desejar e ainda ter o usufruto do mesmo. A doação é uma ótima alternativa de planejamento sucessório, contudo, como será visto, deve ser feita com atenção para que não haja possíveis aborrecimentos futuros caso algum procedimento seja feito de maneira errônea.

O tema contribuirá tanto para as pessoas em geral, leigos no assunto quanto para os mais informados do âmbito jurídico, tendo em vista que, são detalhes que as vezes passam despercebidos até mesmo aos olhos de profissionais que atuam na área jurídica.

2. DA DOAÇÃO

De antemão, é deveras importante ressaltar o que o nosso ordenamento jurídico expõe sobre a doação. Tendo tal ato seu valor diante do sistema jurídico brasileiro, valor esse que impõe, a quem promove ou a quem é promovido com esta oferta limitações, que devem ser respeitadas, levando em consideração que, caso haja descumprimento possa haver consequências.

O Código Civil instituído pela LEI N° 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002, conceitua em seu Art. 538 o ato da doação como:

“Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra.” (BRASIL, 2002).

Como foi visto acima o Brasil tem essa visão de doação, é como se alguém dispusesse de seu patrimônio para outrem, ou até mesmo alguma vantagem, como por exemplo: entrada liberada em uma boate na qual o doador foi salvo de um afogamento pelo donatário.

De certa forma, como o doutrinador Pablo Stolze Gagliano aborda a doação se caracteriza como:

“Um negócio jurídico firmado entre doador e donatário, por força do qual o primeiro transfere bens, móveis ou imóveis, para o patrimônio do segundo, que os aceita, animado pelo propósito de beneficência ou liberalidade como elemento causal da avença.” (GAGLIANO, 2021, p. 17).

Ainda explana, Sílvio de Salvo Venosa que: “Doação é a transmissão voluntária de uma coisa ou de um conjunto delas que faz uma pessoa, doador, em favor de outra, donatário, sem receber nada como contraprestação.” (VENOSA, 2021, P.349).

Vale lembrar que a doação é um negócio jurídico, sendo assim, cria-se uma relação entre dois entes, tal vínculo depende da vontade de ambas as partes, que podem ser de forma tácita, expressa e presumida. “Embora indispensável para perfazer o conteúdo contratual, a aceitação pode ser expressa ou tácita, admitindo a lei que também seja *presumida*.” (VENOSA, 2021, P.351).

Como visto anteriormente é transferido algo a alguém, dado uma liberalidade, um patrimônio ou uma vantagem, à primeira vista, para quem recebe a doação é algo vantajoso, contudo, a casos em que há recusa, por isso é necessário que haja sempre a aceitação de quem recebe.

3. DAS LIMITAÇÕES DA DOAÇÃO EM VIDA

As limitações aqui tratadas podem ser vistas como requisitos, cláusulas, violações e condições que são impostas que caso não sejam cumpridas, o bem ou o benefício não é dado ao donatário. Tais limitações são encontradas e impostas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Existem tanto em relação ao doador quanto em relação ao donatário.

“As leis têm o delicado papel de tentar garantir a liberdade e a autonomia das pessoas, garantindo apenas que estes não extrapolem os limites mínimos da boa convivência, ou seja, que não firam os direitos inerentes àqueles grupos sociais.” (FARIAS, 2015)

Como foi dito, podem aparecer de diversas formas, dentre elas doações que podem ser anuladas, ou até não se concluírem, por não haver conclusão de um merecimento futuro, algum encargo ou obrigação, tributos incidentes que podem acabar desanimando o doador, tudo isso pode ser visto como uma limitante aos olhos da liberalidade de doar.

4. LIMITAÇÕES POR PARTE DO DOADOR

Como visto anteriormente uma doação deve haver a vontade de doar por parte do donatário, ou seja, o ânimo, como expressa Pablo Stolze Gagliano “característica da doação é a ocorrência do animus donandi, que pode ser entendido como o ânimo ou propósito de beneficiar patrimonialmente o destinatário da vontade do doador.” (GAGLIANO, 2021, p. 19).

Porém os seres humanos não podem livremente praticar ou deixar de praticar certos atos, existem limitantes que os impedem de fazer isso, pelo menos partes de tal ato, e a doação entra nessa contensão sempre levando em conta a disponibilidade do bem, direitos resguardados, limitações percentuais a serem doados entre outros. As doações por parte do doador podem se limitar por diversas formas, algumas podem ser “dobradas”, contudo outras não, a seguir veremos algumas.

4.1. Doação Universal

A limitação advinda da doação universal se dá pelo fato de que o atual código civil restringe doação da totalidade dos bens do doador, tendo em vista que, se for doado todos os bens do indivíduo, o mesmo ficaria sem o mínimo para sua subsistência. Prescreve

o Art. 548 do código civil: “É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador”. (BRASIL, 2002, CC, art. 548).

Diante disso Carlos Roberto Gonçalves expõe:

“A limitação visa proteger o autor de liberalidade tão ampla, impedindo que, por sua imprevidência, fique reduzido à miséria, bem como a sociedade, evitando que o Estado tenha de amparar mais um carente. Não basta que o donatário se comprometa a assisti-lo, moral e materialmente.” (GONÇALVES, 2020, p. 317)

Na mesma linha ressalva Pablo Stolze Gagliano:

“O sentido do ordenamento é impedir que o doador seja levado à penúria, em detrimento de sua família e do próprio Estado. Tratando-se de nulidade absoluta, pode ser alegada por todos que tiverem interesse, inclusive o credor. No entanto, essa nulidade não se confunde com a fraude contra credores, com requisitos próprios e pertencente ao campo da anulabilidade. A doação universal exige que se comprove que o doador deixou de reservar renda ou bens suficientes para sua subsistência.” (VENOSA, 2021, P.354).

Diante do exposto, vê-se que há uma preocupação com o doador e até mesmo com o Estado, tendo vista que caso o ente venha a miséria o Estado e a sociedade podem de certa forma arcar com tais consequências.

Contudo, há uma forma com que se possa doar a totalidade dos bens de quem queira, é feito com a reserva de usufruto. “Bastante utilizada na prática, em razão das vantagens que apresenta, é a *doação com reserva de usufruto*. Transfere-se a nu-propriedade ao donatário. O usufruto deve ficar reservado ao doador ou a pessoa determinada.” (VENOSA, 2021, P.355).

4.2. Doação Inoficiosa

A doação inoficiosa também se limita com o excesso, porém sua maior característica é a lesão que se dá diante dos herdeiros necessários, tem como consequência a nulidade do ato. Exprime o Art. 549 do CC: “Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento”. (BRASIL, 2002, CC, art. 549).

Diante da letra da lei expressa acima, tendo a liberalidade sido feita pelo ato de doação discorre Carlos Roberto Gonçalves: “Como o excesso é declarado nulo, expressamente, por lei, inclina-se a doutrina pela possibilidade de a ação ser ajuizada

desde logo, não sendo necessário aguardar a morte do doador”. (GONÇALVES, 2020, p. 1193).

Sendo assim, essa limitação vem para resguardar o direito dos herdeiros necessários (cônjuge, ascendentes e descendentes), tendo em vista que estes tem resguardados em lei 50% do patrimônio, referente a herança e a doação, se houver, lembrando que, só é nula a parte que exceder os 50% dos herdeiros necessários. Não havendo herdeiros necessários, não há nulidade e o doador poderá dispor de seus bens até o limite que comprove garantir sua renda e sua subsistência.

4.3. Doação do Cônjuge Adúltero ao seu Cúmplice

Ainda pode ser definida como limitação a doação na qual o cônjuge doa bem a cúmplice, tendo em vista que o ato pode ser anulado, tal determinação se dá pelo Art. 550 CC, “A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.” (BRASIL, 2002, CC, art. 550).

Há vertentes em relação ao caso, pois no viés da contemporaneidade tudo vem se atualizando, os modelos de família estão mudando e vem ficando mais complicado aplicar esta determinação, porém ainda há o zelo pela família que é constitucionalmente amparada pelo estado, deste modo ainda há a aplicação desta lei mesmo com tanta mudança no conceito familiar.

À vista disso descreve:

“A doação não é nula, mas anulável, pois não pode ser decretada de ofício pelo juiz. A lei limita as pessoas que podem alegá-la: o cônjuge inocente e os herdeiros necessários. Sujeito passivo da ação é o donatário, cúmplice do adultério, ou seus sucessores. A prioridade para o seu ajuizamento é do cônjuge enganado. Enquanto estiver vivo, é o único legitimado, pois o adultério é ofensa cometida contra ele.” (GONÇALVES, 2020, p. 319)

Como visto acima, a ação de anulação deve ser proposta, não deve ser aplicada de ofício pelo juiz.

O dispositivo em questão deve ser aplicado caso o doador não viva em união estável com aquele que é favorecido pela doação, exprimi o doutrinador Flávio Tartuce: “A sua aplicação somente será possível se o doador não viver em união estável com o donatário, havendo uma doação a concubino, de bem comum, na vigência do casamento.” (TARTUCE, 2020, p.420).

4.4. Fraude Contra Credores

Quando há uma doação e esta é tipificada como fraude contra credores, a doação pode ser anulada total ou parcialmente. Sendo assim, vê-se uma forma de limitação nesse tipo de doação, pois se o indivíduo tem 500.000,00 e deve 250.000,00 e doa 400.000,00 deve ser anulada parte dessa doação, pois não sobraria dinheiro para o doador pagar seu credor. “Segundo o STJ, a fraude contra credores não gera a anulabilidade do negócio, mas sim a retirada parcial de sua eficácia em relação a determinados credores, permitindo a execução judicial dos bens que foram fraudulentamente alienados.” (BRASIL, STJ, 2018)

“Denomina-se fraude contra credores a atuação maliciosa do devedor que, encontrando-se em insolvência ou na iminência de se tornar insolvente, começa a dispor de seu patrimônio de modo gratuito (doação ou remissão de dívidas) ou oneroso (compra e venda), com objetivo de não responder por obrigações assumidas anteriormente à transmissão. O devedor utiliza-se de métodos maliciosos para se ver livre do pagamento da dívida perante o credor. Versa a respeito da transmissão, gratuita ou onerosa, de bens do devedor, que já estando insolvente ou reduzindo-se a insolvência, dificulta recebimento a que seus credores teriam direito.” (ANDRADE, 2017).

Nesse diapasão, encontra-se a limitação na hora de doar, podendo a ação ser revertida se o doador estiver nessa condição, mesmo não havendo malícia por parte do mesmo.

4.5. Tributos Incidentes na Doação

Outro ato limitante é a incidência de tributos no ato da doação, quando um bem é doado, quem constrói um patrimônio não se sente satisfeito quando há a incidência de tributos que o indivíduo julga ser desnecessário, e para se efetuar uma doação no Brasil, é incidido um tributo chamado ITCMD, que é o Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação, como o próprio nome já diz, este imposto é cobrado quando há a transmissão de bens a alguém, através da doação ou herança. O valor deste imposto se modifica de um estado para outro, podendo chegar até 8% sobre o valor do bem doado, preconiza o **Art. 1º RESOLUÇÃO Nº 9, DE 1992 do Senado Federal** “A alíquota máxima do imposto de que trata a alínea a, inciso I, do art. 155 da Constituição Federal será de oito por cento, a partir de 1º de janeiro de 1992.” (BRASIL, 1991)

Além do ITCMD, há outro imposto que pode ser cobrado, caso o valor do bem doado ultrapasse o que consta na declaração do doador deve-se pagar o valor excedente,

que deverá ser de 15% sobre o ganho de capital. Sendo assim, a execução deve ser feita com calma e atenção.

5. LIMITAÇÃO POR PARTE DO DONATÁRIO

A limitação por parte do donatário decorre de determinadas ações que o beneficiado pela doação deve fazer ou deixar de fazer para ter o bem, se limita também por não poder transmitir tal bem para outra pessoa, e em certos casos a doação pode chegar a se reverter, voltando para o doador.

5.1. Doação com Encargo

A doação com encargo acontece quando o doador impõe algo ao donatário, o Art. 553 do código civil aduz que “O donatário é obrigado a cumprir os encargos da doação, caso forem a benefício do doador, de terceiro, ou do interesse geral.” (BRASIL, 2001, CC, Art. 553). Assim, o encargo deve ser cumprido para que o donatário desfrute da doação.

No caso de encargo, ao contrário do que se dá com as obrigações em geral, o seu descumprimento não autoriza execuções forçadas nem indenizações, mas apenas a perda de um direito. Por isso, no caso de descumprimento do encargo, é cabível a revogação da doação como única sanção. Não é devido pleito algum de indenização ou de execução forçada. (OLIVEIRA, 2020).

Como dito anteriormente, caso não haja o cumprimento do encargo, cabe ao doador, ao terceiro beneficiado com o encargo ou ao MP nos casos de interesse geral propor a revogação da doação.

É interessante observar que o donatário não pode simplesmente se apossar do bem ou desfrutar do mesmo sem que seja feito o encargo imposto, é aí que se encontra a limitante no caso da doação com o encargo.

5.2. Doação com cláusula de Inalienabilidade

Na cláusula de inalienabilidade o doador visa preservar o bem nas mãos do donatário, fazendo assim com que o bem não seja vendido, porém daí surge limitação por parte do doador, que por vezes pode se interessar em vender para tratar de outros negócios e devido a cláusula não o pode. Veja:

As cláusulas de impenhorabilidade, incomunicabilidade e inalienabilidade são cláusulas que as pessoas, quando da realização de seu testamento, ou de um ato de liberalidade, como uma doação, por exemplo, ao transferirem sua propriedade a terceiros, impõem

condições a fim de que o bem transferido não mais saia do patrimônio da pessoa beneficiada, tornando-se assim impenhorável, incomunicável e ainda inalienável. Essas cláusulas, dependendo da vontade de quem as institui, podem ser vitalícias ou temporárias. (ROMANO, 2018)

Nesse viés de limitação por parte do doador, cabe ao referido se inteirar sobre as possíveis cláusulas de doação antes de efetuar qualquer ato, tendo em vista que advindo desta cláusula ainda possa vir as de impenhorabilidade e incomunicabilidade.

5.3. Revogação da Doação

A revogação da doação pode ser entendida como uma limitante para o donatário, pois no artigo 557 do código civil de 2002 exemplifica um rol de possibilidades que podem levar o donatário a perder o benefício, sendo assim, quem recebe a doação deve ser grato ao doador, caso ocorra ingratidão por diversos aspectos o bem pode ser perdido.

Elucida o art. 557 cc:

Podem ser revogadas por ingratidão as doações: I - se o donatário atentou contra a vida do doador ou cometeu crime de homicídio doloso contra ele; II - se cometeu contra ele ofensa física; III - se o injuriou gravemente ou o caluniou; IV - se, podendo ministrá-los, recusou ao doador os alimentos de que este necessitava. (BRASIL, CC, ART. 557, 2002)

Além das enunciadas acima, podem haver outros meios de ingratidão, será a doação revogada em outros casos a depender do quão grave seja.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destarte, fica claro que a doação de bens não é algo tão simples como parece ser, há diversos aspectos de devem ser levados em consideração, assim como todo negócio jurídico, sempre deve ser observado se forma firme e objetiva para que as supracitadas limitações não levem o doador ou donatário a enfrentar possíveis problemas na execução da doação.

Assim sendo, as limitações devem ser enfrentadas e dobradas, sempre seguindo na forma da lei, procurando sempre satisfazer as partes interessadas sem nenhum aborrecimento. Lembrando sempre que deve ser observado e respeitado a reserva do doador, dos herdeiros necessários, os tributos incidentes, a quem a doação pode ser feita observando a possibilidade de desfazimento, como no caso da doação a concubina, devendo sempre ser calculado o que é seu e o que é de um credor. Ao donatário que

respeite algum encargo que lhe seja proposto, respeite e tenha consideração perante o doador e sempre leve em conta as cláusulas presentes na doação.

Todos os aspectos comentados sendo avaliados pelas partes, nada impedirá que seja efetivado uma doação feliz e de sucesso para ambas as partes.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Bruno Gontijo. **Fraude contra credores**: Limites jurisprudenciais e doutrinários da fraude contra credores - instituto meramente civil. Migalhas, 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/257730/fraude-contra-credores>>. Acesso em: 13 de maio de 2021.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso: 04 de março de 2021.

BRASIL. Senado Federal. **RESOLUÇÃO Nº 9, DE 1992**. Estabelece alíquota máxima para o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação, de que trata a alínea a, inciso I, e § 1º, inciso IV do art. 155 da Constituição Federal. Brasília, DF: Senado Federal, 1991. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/norma/590017/publicacao/15785996>>. Acesso em: 07, maio. 2020.

FARIAS, Ítalo. **Limitações à liberdade de doação**: a ingerência do estado no ato nobre. Revista Direito Diário Jurídico Editora Ltda. Rua Norvinda Pires, nº 60, Aldeota. Disponível em: <<https://direitodiario.com.br/author/italofarias/page/2/>>. Acesso em: 20 de jul. 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **O CONTRATO DE DOAÇÃO: Análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: v 3 Contratos e Atos Unilaterais. 17º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil 3**: responsabilidade civil - direito de família - direito das sucessões esquematizado. Coordenador Pedro Lenza v 3. 7º ed. – São Paulo: Ed. Saraiva Educação, 2020.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Doação com encargo e a eficácia contra terceiros e o registro de imóveis**. Migalhas, 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-notariais-e-registrais/334813/doacao->

com-encargo-e-a-eficacia-contra-terceiros-e-o-registro-de-imoveis>. Acesso em: 13 de maio de 2021.

ROMANO, Rogério Tadeu. **Cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade**. Jus, 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/70193/clusulas-de-inalienabilidade-impenhorabilidade-e-incomunicabilidade>>. Acesso em: 14 de maio de 2021.

Superior Tribunal de Justiça. Notícias. DECISÃO. Intenção de lesar credor não é imprescindível para caracterizar fraude. 2018. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-05-15_09-27_Intencao-de-lesar-credor-nao-e-imprescindivel-para-caracterizar-fraude.aspx#:~:text=Segundo%20o%20STJ%2C%20a%20fraude,bens%20que%20foram%20fraudulentamente%20alienados>. Acesso em: 20 de maio de 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie – v. 3. Ed. 15°. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda. Grupo Editorial Nacional. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Contratos – Vol. 3**. 21. Ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda. Grupo GEN, 2021.

VALIDADE, VIGÊNCIA E EFICÁCIA DAS NORMAS JURÍDICAS

FABIANO FERNANDES DIAS:
Advogado, Mestrando do
Programa de Pós-graduação do
Curso de Direito Tributário da
Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo.

NARJARA KOCH⁸⁰

(coautor)

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo expor a Teoria da Norma Jurídica, conceituando-a em seus diversos âmbitos, especialmente no que tange a sua validade, vigência e eficácia. Diferenciando-as sistematicamente, conclui que o estudo da norma é deveras relevante não só academicamente, mas para o concreto melhoramento e organização social que busca o Direito. Diante das premissas, conceituações e vertentes expostas acerca da Teoria da Norma Jurídica, cumpre expor que o presente trabalho buscou, precipuamente, situar o leitor em face de tão relevante tema para a compreensão do ordenamento jurídico posto.

Palavras-chave: Norma Jurídica. Teoria. Validade. Existência. Vigência. Vigor. Eficácia. Espécies. Legislação Tributária.

Abstract: The present work aims to expose the Legal Norm Theory, conceptualizing it in its various spheres, especially with regard to its validity, validity and effectiveness. Systematically differentiating them, he concludes that the study of the norm is really relevant not only academically, but for the concrete improvement and social organization that Law seeks. Given the premises, concepts and aspects exposed about the Theory of Legal Norm, it is necessary to show that the present work sought, above all, to situate the reader in the face of such a relevant topic for the understanding of the legal system in place.

Keywords: Legal Standard. Theory. Shelf life. Existence. Validity. Force. Efficiency. Species. Tax Legislation.

80 Advogada, Mestranda do Programa de Pós-graduação do Curso de Direito Tributário da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Sumário: 1.Introdução. 2.Validade da norma jurídica.Validade como sinônimo de existência da norma. Vigência e Vigor da norma jurídica. 3.Eficácia da norma jurídica. Espécies de Eficácia. 4.Noções sobre legislação tributária 5.Conclusão. 6.Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O Juspositivismo surge como uma escola jusfilosófica de resposta ao Jusnaturalismo, tendo por objetivo também conceituar o que é o direito. Dois são os autores de referência dessa corrente, Hans Kelsen, com sua famosa obra "Teoria Pura do Direito" (1934 e 1960) e Herbert Hart com "O Conceito de Direito" (1960). A preocupação do Juspositivismo é escapar a confusão feita pelo Jusnaturalista sobre direito como algo que se confunde com a moral, efetivamente dizendo o que é, especificamente, o direito. Para isso, recobrar a noção de Direito Positivo como o direito posto, criado por uma autoridade competente e, por isso, válido, vigente e obrigatório, é essencial.

Dito isso, o Juspositivismo traz à tona a necessidade de estabelecer critérios objetivos de identificação do conceito de direito, pois até o início do século XX o direito não era visto como um campo autônomo, sendo confundido com outras áreas, sem nenhuma independência. Assim, o objetivo era garantir certeza e segurança, na medida em que aplicar o direito não mais dependeria de um critério valorativo, não existindo, portanto, dificuldade em dizer o que é eo que não é direito tendo-se diante de si critérios objetivos de análise. Há de sereconhecer, então, que condicionar o critério de validação do direito positivo ao direito natural, ou seja, a sua noção de justiça, lançavam o direito ao âmbito da subjetividade e incerteza, tudo o que o Positivismo busca repreender. O ponto em questão é compreender que o direito positivo, portanto, busca sua validade no próprio direito positivo, ou seja, uma norma injusta não perde a sua qualidade de norma jurídica por ser injusta.

Hans Kelsen, em "Teoria Pura do Direito", expressa interesses expressa a preocupação de tratar o Direito como campo autônomo. Daí a necessidade de uma pureza metodológica, ou seja, de que o direito seja purificado da interferência e ingerência das outras áreas, elevando-o, finalmente, a categoria de ciência jurídica (pretensão de cientificidade), a qual deve se pautar, precipuamente, por previsibilidade, segurança e certeza.

Nessa toada, talvez o valor mais basilar e imediato da lógica do Estado de Direito seja o da Segurança Jurídica, e com esta quer-se enfatizar o compromisso que esse Estado possui em tornar suas ações previsíveis, de maneira que todas as regras sobre o que pode e não pode ser feito estejam postas, assim, de antemão e, mais do que isso, não se possa mudá-las arbitrariamente. E mesmo quando altera-se regras, como, por exemplo, tornando-se crime algo que antes não o era, a lógica a se aplicar é a de que a

regra alcança o que vem do momento de sua vigência em diante, não podendo alcançar situações passadas.

A expectativa resultante de se colocar as regras previamente postas é a de que não apenas um, mas todos serão conformados pelas leis, pois se não o fizerem serão coibidos por um aparato estatal (Estado como garantidor do cumprimento). Tal conformação é esperada porque não se poderia argumentar, nessa lógica, que se foi informado apenas depois do fato se o mesmo era lícito ou não, ou seja, não se poderia argumentar desconhecimento prévio das regras (Insegurança Jurídica).

Sobre a norma que prescreve uma conduta, seja obrigando, facultando ou proibindo, mais do que ser previamente estabelecida, deve ser uma norma válida, e com válida quer-se dizer que foi criada pela autoridade competente de acordo com todo um processo legislativo (validade formal). É nesse sentido que o Estado de Direito e sua preocupação com a segurança jurídica vai ao perfeito encontro do Positivismo Jurídico, na medida que para o último o mais importante é a segurança jurídica, entendendo que se deve ater a autoridade competente para saber quais são as normas válidas.

Desse modo, deve-se esclarecer que estabelecer corretamente aspectos como a validade da norma, sua vigência e eficácia se mostram não só como premissas teóricas relevantes para o Direito, mas verdadeiros vetores de cumprimento de suas funções primordiais, quais sejam a pacificação social, a manutenção da ordem e do Estado Democrático de Direito. Ainda, cumpre abordar pontos tangentes às normas tributárias, as quais possuem certa especificidade quanto à aplicação dos já citados critérios da Teoria da Norma.

2. Validade da norma jurídica

O atributo de validade faz referência ao fato de uma lei ser constituída de acordo com um procedimento previsto numa lei hierarquicamente superior para sua elaboração, indicando, então, o pertencimento daquela a um ordenamento jurídico posto. Nesse sentido, esclareça-se que é o processo legislativo previsto na constituição que válida as leis e, uma vez válida, se entende que a mesma é parte do ordenamento jurídico e que, portanto, está apta a produzir efeitos jurídicos válidos.

A esse teor, ressalte-se que uma norma é válida quando seu processo de formação é juridicamente hígido, isto é, quando forem observados os requisitos procedimentais exigidos pelo ordenamento (aspecto formal), bem como ela seja compatível com o conteúdo da Constituição vigente no momento em que foi editada (aspecto material), tendo em vista que a Constituição é o fundamento máximo de validade de todo o ordenamento jurídico. Em suma, pode ser denominada "válida" a norma editada em conformidade com a forma e o conteúdo que foram estabelecidos

e/ou balizados pelo legislador constituinte, ou seja, válida é a norma formal e materialmente constitucional.

Ademais, esse tipo de lógica na qual tudo produzido de acordo com uma lei inválida não tem validade jurídica traria um grande problema para o ordenamento jurídico: insegurança jurídica. É nesse sentido que Hans Kelsen explica que uma lei que não foi feita de acordo com um processo legislativo apresenta uma condição para sua invalidade, ou seja, não é que a lei seja inválida, mas sim que tenha condição para ser inválida. No entanto, é o tribunal constitucional que vai dizer se a referida lei é ou não inválida.

A validade é um gênero que se subdivide em validade formal e validade material. A validade formal é obtida pela observância da competência para propor a lei e na forma que tal lei deve ser proposta. Ou seja, falar em validade formal significa falar em quem pode e como se pode propor uma lei. Como exemplos, podem ser citados quórum necessário para a votação e aprovação de uma lei; ou ao órgão ou à autoridade competente para a edição de determinado normativo, como é o caso das medidas provisórias, que somente podem ser editadas pelo Presidente da República. Já a validade material decorre do respeito aos limites de conteúdo previstos para o emissor da norma jurídica e é neste ponto que se observa a compatibilidade de conteúdo entre a lei produzida e as leis hierarquicamente superiores. Como exemplo, pode-se expor que há temas que podem e que não podem ser tratados em determinado normativo, como é o caso da instituição de impostos residuais, já que estes somente podem ser instituídos por lei complementar, e desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos já discriminados na Constituição. A esse teor, esclarece o ilustre professor Paulo de Barros Carvalho (CARVALHO, 2008, p. 79-80):

[...] o próprio sistema determina o modo de criação de sua linguagem ao prescrever quais pessoas estão aptas a produzirem normas jurídicas e quais os procedimentos a serem realizados para este fim, pelas denominadas “normas de produção” ou “de competência” (regras de estruturas). Nesta linha de raciocínio, para identificarmos se uma regra pertence ou não ao ordenamento, utilizamo-nos de dois critérios: (i) a autoridade competente; e (ii) o procedimento próprio;

Basicamente, portanto, a validade da norma está intrinsecamente ligada a um processo legislativo, o qual, ao chegar ao fim, passando por todas as fases indispensáveis (iniciativa legislativa, discussões e votações no Poder Legislativo, sanção ou veto do Poder Executivo, promulgação e publicação), a norma completou aquilo que a doutrina elenca como “ciclo de formação”, a partir da qual já se presume válida.

Validade como sinônimo de existência da norma

Como já bem exposto, uma norma é dita válida quando pertence ao sistema do direito posto, sendo tal critério de validade um vínculo estabelecido entre a norma e o ordenamento jurídico. Nesse sentido, leciona Paulo de Barros Carvalho (CARVALHO, 2010, p. 95):

Se partirmos do postulado segundo o qual o sistema é formado pelo conjunto das normas válidas, a validade passou a ser critério indispensável para pensar-se o sistema de direito positivo.

De semelhante modo trata Hans Kelsen acerca da validade da norma. O jurista alemão aduz em sua majestosa obra que a norma já é válida automaticamente a partir do momento que é posta no ordenamento jurídico. Basicamente, portanto, a partir do instante em que uma norma é introduzida no sistema jurídico, não há nem pode haver qualquer outro critério ou condição para que se opere sua completa validade. Portanto, se esta estabelecida é norma e é válida. Nesse sentido, dispõe o autor Hans (KELSEN, 1986, p. 215-216) que:

“Para valer, uma norma precisa ser estabelecida. Se ela não é estabelecida, não vale; e somente se ela é estabelecida, é que vale; se ela não vale, o estabelecido não é norma. Pois a validade de uma norma é – como já observado – sua específica existência. Não a existência de um fato do ser, mas a existência, i.e., a existência de um sentido (ou do conteúdo do sentido), do sentido de um fato, do real ato de estabelecimento. A existência de um sentido constitui uma existência “ideal”, e não “real”. Que uma norma que prescreve certa conduta vale, significa que tal norma existe. Uma norma “entra em validade”, quer dizer: entra em sua específica existência, começa a valer. Uma norma “sai de validade”, quer dizer: sai de existência, cessa de valer.”

Seguindo tal linha de pensamento, ambos os autores entendem que a validade da norma não é um atributo que a qualifica, mas sinônimo de sua existência, visto que validade e existência não são institutos incongruentes e apartados, mas, pelo contrário, conexos, visto que a norma, ao ser inserida no sistema jurídico já se torna válida e, portanto, existente, sendo estes operados concomitantemente. A esse teor, salienta Paulo de Barros (CARVALHO, 2010, p. 95-96) que:

A validade não deve ser tida como predicado monádico, como propriedade ou como atributo que qualifica a norma jurídica. Tem

status de relação: é o vínculo que se estabelece entre a proposição normativa, considerada na sua inteireza lógico- sintática e o sistema do direito posto, de tal sorte que ao dizermos que u´a norma “n” é válida, estaremos expressando que ela pertence ao sistema “S”. Ser norma é pertencer ao sistema, o ‘existir jurídico específico’ a que alude Kelsen. Antes de sua admissibilidade, falemos de outra entidade, porque norma jurídica ainda não será.

O referido autor aduz, ainda, que, assim que reconhecida a validade da norma jurídica através de sua entrada no ordenamento posto, ela há de ser válida até que deixe de pertencer ao sistema. Em suas palavras Paulo de Barros (CARVALHO, 2010, p. 97):

[...] ingressando no ordenamento pela satisfação dos requisitos que se fizerem necessários, identificamos a validade da norma jurídica, que assim se manterá até que deixe de pertencer ao sistema.

Acerca desse pertencimento ou não da norma ao sistema jurídico como forma de reconhecimento de sua validade, o autor também entende que a ab-rogação (que consiste na revogação total de uma lei ou decreto, de uma regra ou regulamento, por uma nova lei, decreto ou regulamento ou, ainda, a ação de cassar, revogar, tornar nulo ou sem efeito um ato anterior) não afasta a validade da norma ou ato ab-rogado, tendo em vista que esta permanece ainda aplicável para determinados casos, sendo que somente após sua efetiva impossibilidade de aplicação e sua completa extinção do ordenamento jurídico é que se poderá falar em invalidade. Demonstrando conhecimento profundo e crítico acerca do tema, leciona Paulo de Barros (CARVALHO, 2010, p. 97-98) que:

[...] Muitos são os autores que apontam a ab-rogação como o preciso instante em que a validade desaparece, deixando a norma de estar incluída no ordenamento do direito positivo. Como explicar, então, que a norma ab-rogada continue sendo aplicada para situações de fato anteriores à sua ab-rogação? Estariam os órgãos aplicando regras que não pertencem ao sistema? Obviamente que não. O conceito de ab-rogação como forma de cortar-se a validade da norma é que precisa ser repensado. Tenho pra mim que a regra ab-rogada permanece válida no sistema até que se cumpra o tempo de sua possível aplicação. Vencido o termo de tempo, pela ocorrência dos fatos extintivos que a legislação prevê, agora sim poderemos falar em desaparecimento da validade.

Vigência e Vigor da norma jurídica

Entende-se por vigência a aptidão em abstrato que uma lei tem para produzir efeitos. Basicamente, portanto, se refere a um requisito interno da norma, segundo o qual lei vigente é lei obrigatória, passando a ser exigível. A principal condição de vigência é a publicidade oficial, pois para uma lei ser exigível a mesma tem de ter sido divulgada, à medida que com a divulgação há a presunção de que as pessoas estão informadas sobre a mesma, não podendo estas, posteriormente, alegar desconhecimento da lei quando a elas for imputado o seu descumprimento.

Há de se enfatizar, ainda, a chamada *Vacatio Legis*, período entre a validade e vigência da lei, a qual serve para que a sociedade tome conhecimento das disposições da nova lei. Nesse período, a lei, por não ser ainda vigente (ressalte-se, exigível), não é aplicável, e, por isso, não produz efeitos. No entanto, a esse teor deve-se considerar a hipótese em que a lei é omissa acerca do início de sua vigência, tendo de se observar o artigo 1º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, o qual expõe que, *ipsis litteris*, "Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada". Mas há de se ressaltar que tal hipótese de omissão da lei sobre seu início de vigência não deveria ocorrer, pois, como explicita a Lei Complementar nº 95 de 1998, "A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula 'entra em vigor na data de sua publicação' para as leis de pequena repercussão".

Seguindo tal entendimento, doutrina o professor Paulo de Barros (CARVALHO, 2010, p. 99) que:

Viger é ter força para disciplinar, para reger, para regular as condutas inter-humanas sobre as quais a norma incide, cumprindo, desse modo, seus objetivos finais. É, agora sim, uma propriedade de certas regras jurídicas que estão prontas para propagar efeitos, tão logo aconteçam, no mundo social, os fatos descritos em seus antecedentes. Na verdade, existem normas que pertencem ao ordenamento positivo e, portanto, são válidas, mas não dispõem dessa aptidão. Apesar de ocorrerem os fatos previstos em suas hipóteses, não irradiam os efeitos estipulados nos consequentes. Tais regras de direito não têm vigor, seja porque já o perderam, seja porque ainda não o adquiriram. Na *vacatio legis*, por exemplo, há norma válida sem ser vigente, de tal forma que, mesmo acontecendo os fatos previstos no suposto, estes não ficam

juridicizados, deixando de surtir os resultados previstos. De ver está que, nesse sentido, “vigência significa o atributo da norma que está preparada para incidir no mundo social, regulando deonticamente as condutas intersubjetivas.

Como já bem elencado, o Direito necessita de regras claras para atingir seus objetivos primordiais. Nesse sentido, tendo em vista as recorrentes mudanças pelas quais as normas jurídicas passam, é necessário que haja mecanismos eficientes para definir sua aplicabilidade. Nesse sentido, até mesmo certas diferenciações teóricas e semânticas se mostram relevantes. Dentre estas, pode-se citar a diferença entre vigência e vigor da norma jurídica.

A esse respeito, importante é a distinção trazida por Tércio Sampaio(FERRAZ JR, 1991, p.180-181). Para o autor, “vigência” pode ser compreendida como “o intervalo de tempo em que a norma atua, podendo ser invocada para produzir efeitos”, enquanto “vigor” é entendido como “a força vinculante que a norma tem ou mantém, mesmo não sendo mais vigente”.

Nessa toada, há de se salientar que a distinção se dá em virtude do fato de que a revogação da norma não tem o condão de retirá-la do sistema, nem sua vigência por completo, especialmente em razão do princípio da irretroatividade, segundo o qual a norma revogada continua sendo aplicada aos fatos que se sucederam antes de sua revogação.

Paulo de Barros(CARVALHO, 2010, p.100) aceita a diferenciação entre vigência e vigor da norma, no entanto faz uma ressalva de que a elas não deveser dado conteúdo semântico diverso, sendo que, em verdade, tratam-se hipóteses de vigência plena e vigência parcial da norma. Nesse sentido, dispõe:

Fico com a distinção, que a entendo útil e relevante, mas sem dar conteúdos semânticos diversos às palavras “vigência” e “vigor”. A regra revogada não terá vigência para fatos futuros, conservando, porém, a vigência para os casos acontecidos anteriormente à revogação. Haverá uma vigência plena (passado e futuro) e outra parcial (passada, havendo revogação, ou futura, quando a vigência for nova).

Nesse sentido, a já exposta diferenciação acerca da vigência plena e parcial da norma estabelece que a vigência plena se dá quando a norma tem aptidão para desencadear efeitos sobre acontecimentos futuros e passados de forma concomitante, enquanto a vigência parcial ocorre quando a norma tem aptidão para produzir efeitos

somente sobre acontecimentos passados (no caso de revogação), ou sobre acontecimentos futuros (quando a vigência for nova). A esse teor, um dos casos em que a norma tem vigência parcial, produzindo efeitos apenas em relação a acontecimentos passados é aquele em que ela sofre ab-rogação, a qual já foi definida no capítulo 2 do presente trabalho (página 14). Acerca da vigência da norma ab-rogada, Paulo de Barros (CARVALHO, 2010, p. 98) expõe que:

[...] Com a regra ab-rogatória, corta-se a vigência da norma por ela alcançada, de tal arte que não terá mais força para juridicizar os fatos que vierem a ocorrer depois da ab-rogação. Continua, porém, vigente para os casos anteriores, sendo-lhes perfeitamente aplicável.

3. Eficácia da norma jurídica

A eficácia de uma norma jurídica é a aptidão que ela tem para produzir efeitos jurídicos em concreto. Desse modo, quando se fala em eficácia da norma, está-se falando de um requisito externo da lei.

Diz-se que a norma é “eficaz” a partir do momento em que ela, de fato, produz os efeitos para os quais foi criada, isto é, aqueles efeitos que justificam sua própria existência no ordenamento jurídico, já estando apta a produzir os efeitos jurídicos que lhe são próprios.

Desse modo, eficaz é a norma válida, vigente e que produz efeitos na prática, em outras palavras, é a norma formal e materialmente constitucional que não só alcançou o momento necessário para a produção de efeitos jurídicos, mas também os produz no mundo concreto.

Seguindo esse entendimento, bem salienta Aurora Tomazini (CARVALHO, 2009, p. 553):

A palavra eficácia, no âmbito jurídico, está relacionada à produção de efeitos normativos, isto é, à efetiva irradiação das consequências próprias à norma. Muitos juristas a utilizam como sinônimo de vigência, denotando a qualidade da norma de produzir efeitos, mas, vigência e eficácia não se confundem. Uma coisa é a norma estar apta a produzir as consequências que lhe são próprias, outra coisa é a produção destas consequências. Existem regras jurídicas que gozam de tal aptidão, mas efetivamente não produzem qualquer

efeito na ordem do direito, nem na ordem social, porque não incidem, ou porque não são cumpridas por seus destinatários.

Espécies de Eficácia

No que tange à eficácia da norma jurídica, ela pode ser dividida em três espécies, quais sejam a eficácia técnica, a eficácia jurídica e a eficácia social.

A eficácia técnica consiste, basicamente, na característica de uma norma de irradiar efeitos no mundo jurídico. No entanto, deve-se atentar para a diferença que há entre ter a possibilidade de geração desses efeitos e a efetiva modificação no mundo do direito positivo. Tal diferenciação é relevante ao passo que não são todas as normas que estão aptas a juridicizar os fatos que descrevem, visto que têm impedimentos a sua efetiva produção de efeitos. Portanto, pode uma norma estar totalmente apta a produção de efeitos pois, além de válida, descreve fatos e seus consequentes efeitos, mas no entanto, não os produz em decorrências de obstáculos ainda não sanados. Só passama ter eficácia, portanto, quando, já vigentes, não se depararem com quaisquer obstáculos tendentes a impedir a irradiação de seus efeitos. Nesse limiar, esclarece o eminente professor Paulo de Barros (CARVALHO, 2010, p. 102):

‘Eficácia técnica’ é a qualidade que a norma ostenta, no sentido de descrever fatos que, uma vez ocorridos, tenham aptidão de irradiar efeitos jurídicos, já removidos os obstáculos materiais ou as impossibilidades sintáticas (na terminologia de Tércio).

Já a eficácia jurídica diz respeito não a uma propriedade da norma, mas do fato em si. Nesse sentido, instala-se a relação jurídica a partir do momento em que o fato descrito na hipótese normativa se desencadeia no mundo social, propagando os efeitos que lhe são próprios na ordem jurídica. Assim, as consequências previstas pela norma só ocorreram se o fato que esta prevê de fato ocorrer. Desse entendimento também corrobora Paulo de Barros (CARVALHO, 2010, p. 102):

‘Eficácia jurídica’ é a propriedade do fato jurídico de provocar os efeitos que lhe são próprios (‘a relação de causalidade jurídica’, na linguagem de Lourival Vilanova). Não seria, portanto, atributo da norma, mas sim do fato previsto pela norma. [...]

[...] a ‘eficácia jurídica’, expressa na potencialidade inerente aos fatos juridicizados de provocarem o nascimento de relações deonticamente modalizadas[...].

‘Eficácia jurídica’ é o predicado dos fatos jurídicos de desencadearem as consequências que o ordenamento prevê.

Por fim, temos que a “eficácia social” consiste na aceitação e adimplemento da norma por seus destinatários. Basicamente, uma norma busca regular as condutas de indivíduos em um grupo social, utilizando-se da enunciação normativa de valores cristalizados naquela sociedade. No entanto, por vezes, a premissa trazida pela norma não gera a observação que tinha como objetivo, sendo desrespeitada constantemente, carecendo, desse modo, de eficácia social. No saber de Paulo de Barros (CARVALHO, 2010, p. 101):

[...] ‘eficácia social’, consubstanciada na produção concreta de efeitos entre os indivíduos da sociedade. A eficácia social ou efetividade diz com a produção das consequências desejadas pelo elaborador das normas, verificando-se toda vez que a conduta prefixada for cumprida pelo destinatário. Caso se dê o descumprimento da conduta, de maneira reiterada, frustrar-se-ão as expectativas normativas e a eficácia social ficará comprometida.

4. Noções sobre legislação tributária

Há de se salientar, ante todo o exposto, que os supramencionados conceitos da validade, vigência e eficácia das normas em geral possuem, em relação à legislação tributária, certas especificidades em face das outras normas que compõem o ordenamento jurídico.

Inicialmente, no que tange à vigência da lei tributária, deve-se ressaltar que a própria Constituição da República faz ressalvas à regra geral de que a própria lei irá determinar seu período de *vacatio legis* e que, no silêncio desta, esse prazo seria de 45 (quarenta e cinco) dias, conforme expõe o artigo 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Tais regramentos estabelecem, em verdade, um impedimento para que a lei tributária já vigente produza efeitos imediatos.

Não basta, portanto, a publicação de uma lei tributária e sua vigência para que sua força cogente seja eficaz: toda lei que instituir ou aumentar tributos terá sua eficácia subordinada ao Princípio da Anterioridade (ou Princípio da “Eficácia Diferida”). Nesse sentido, pode-se citar como exemplos a previsão de impossibilidade de se cobrar um tributo (i) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, consagrando o princípio específico da “anterioridade do exercício financeiro” e (ii) antes de decorridos noventa dias da data da publicação da lei que os

instituiu ou aumentou, o que traduz o princípio da anterioridade nonagesimal, estando ambos expostos nos termos do artigo 150, III, alíneas 'b' e 'c', da Constituição:

Art. 150, CRFB/88: Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

III - cobrar tributos:

[...]

- a) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;
- b) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;

Nesse sentido, verifica-se a possibilidade de uma norma ter vigência e, de forma concomitante, não produzir efeitos, isto é, não estar dotada de eficácia.

No entanto, há de se esclarecer que, em seara tributária, embora não tão comum quanto à hipótese supracitada, a recíproca também é verdadeira, havendo casos em que há eficácia da norma sem que ela esteja vigente, como bem expõe o artigo 144 do Código Tributário Nacional:

Art. 144, CTN: O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

Tal dispositivo legal estabelece, basicamente, que, mesmo que uma lei tributária seja revogada, estando, desse modo, já sem vigência, pode ainda regular uma situação ocorrida no passado, visto que ela é dotada, por força da disposição legal, de ultratividade para a situação específica que abarca, qual seja o ato de lançamento.

5. Conclusão

Diante das premissas, conceituações e vertentes expostas acerca da Teoria da Norma Jurídica, cumpre expor que o presente trabalho buscou, precipuamente, situar o leitor em face de tão relevante tema para a compreensão do ordenamento jurídico posto.

Inicialmente, tratando da validade da norma, expôs que aquela não é mero atributo desta, mas, em verdade, sinônimo de sua existência, afinal a partir do momento em que a norma se insere no sistema jurídico ela é válida e existente de forma concomitante. Desse modo, atingidos e cumpridos os requisitos exigidos pelo direito positivo vigente, especialmente pelo legislador constituinte, válida pode ser considerada a norma. A esse teor, bem sintetiza Paulo de Barros Carvalho (2010, p. 101):

Firmemos estes conceitos: “validade” é relação de pertinencialidade de uma norma “n” com o sistema jurídico “S”.

No que concerne à vigência da norma jurídica, esta é assim considerada ao passo que está apta para produzir efeitos, sendo um requisito interno da norma e confirmando sua exigibilidade. Desse modo, há a possibilidade de que se cobre de seus destinatários o seu cumprimento, não podendo estes alegar desconhecimento, tendo em vista que toda lei, para que passe a ter vigência, deve, necessariamente, ser objeto de publicização oficial, isto é, de comunicação aos por ela jurisdicionados. A respeito da vigência da norma, também é relevante tecer as palavras de Paulo de Barros Carvalho (2010, p. 101-102):

“Vigência” é atributo de norma válida (norma jurídica), consistente na prontidão de produzir os efeitos para os quais está preordenada, tão logo aconteçam os fatos nela descritos, podendo ser plena ou parcial (só para fatos passados ou só para fatos futuros, no caso de regra nova).

Em semelhante sentido, isto é, buscando esclarecer e estabelecer os principais conceitos e características da norma jurídica, também é tratada a questão de sua eficácia. Consistente na característica da norma de produzir efeitos no mundo jurídico, a eficácia é abordada sob três diferentes âmbitos. O primeiro deles expõe a eficácia jurídica da norma, sendo esta uma propriedade do fato em si, afinal só será dotada de eficácia jurídica o fato que desencadear no mundo social as consequências previstas pela hipótese normativa. Já a eficácia técnica é a qualidade da norma de juridicizar os fatos que descrevem, vez que sem qualquer impedimento para tanto. Por fim, traz a conceituação de eficácia social, sendo esta a qualidade da norma que tem aceitabilidade e respeitabilidade perante a sociedade, que a cumpre e torna seu enunciado objeto de resultados concretos no mundo fático. Conforme ensina Pedro de Barros Carvalho (2010, p. 102), os conceitos de eficácia jurídica e técnica interessam mais à Dogmática, enquanto o de eficácia social é objeto de estudo da Sociologia, especificamente da Sociologia Jurídica, a qual.

Por fim, há a abordagem de especificidades da norma tributária, a qual é tratada com muito cuidado pelo ordenamento jurídico, em especial pela Lei Maior, tendo em vista a necessidade de proteção daqueles que são pelo Estado cobrados: em um país que passou por desastrosas experiências ditatoriais, fez-se mister que a Constituição de 1988 traçasse certas limitações ao poder estatal, dentre as quais se encontram as “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, tais como aquelas presentes nas alíneas “b” e “c” do artigo 150, inciso III. De semelhante modo, o Código Tributário Nacional revela preceitos de proteção à segurança jurídica e à expectativa social legítima acerca do modo em que sofrerá a cobrança de tributos.

6. Referências Bibliográficas

CARVALHO, A. T. **Teoria Geral do Direito: o Construtivismo Lógico-Semântico**. São Paulo, 2009.

CARVALHO, P. B. **Curso de direito tributário**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, P. B. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência tributária**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRAZ JR, T. S. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 1991.

KELSEN, H. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Fabris, 1986.

OS AVANÇOS TECNOLÓGICOS E A ÉTICA: O QUE “2001 UMA ODISSEIA NO ESPAÇO” E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL TEM A NOS DIZER?

RICARDO RODRIGUES DOS SANTOS JÚNIOR:

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário La Salle e Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Legale. Advogado.

Sumário: Resumo. Abstract. Introdução. 1. A IA numa perspectiva histórica. 1.1. O que é a IA? Opera sintática ou semanticamente? 1.2. HAL 9000 e a potencialidade destrutiva da IA. 1.3. Um sinal de alerta: pontos negativos da IA. 1.3.1. A IA no âmbito das armas militares autônomas. 1.4. Os vieses da IA e a questão da responsabilidade civil. 1.4.1. A IA pode ter preconceitos e vieses absorvidos do ser humano? 1.4.2. Quem é o responsável pelos erros cometidos pela IA? 1.5. Uma nova esperança: o que a IA pode nos trazer de bom e um processo regulatório é possível? 1.5.1. A IA como auxiliar do ser humano. 1.5.2. A necessidade de regulação da IA. Conclusão. Referências.

Resumo: O presente trabalho científico teve por objetivo trazer luz a um debate pouco estudado e discutido no Brasil, que é o uso da IA nos limites éticos existentes. Para melhor apresentar um tema de tamanha complexidade, foi trazido à baila da discussão algumas alegorias com o filme de Stanley Kubrick “2001 Uma Odisseia no Espaço” e a sua personagem HAL 9000, uma inteligência artificial poderosa que acaba se rebelando contra os tripulantes da nave que controla. Além desta discussão, o presente artigo também aborda perspectivas e conceitos referente à inteligência artificial e o promissor campo das novas tecnologias, resguardando sempre a defesa do humano. Para fazer esta análise, foi utilizada a pesquisa bibliográfica em livros e sites que abordam o tema.

Palavras-chave: inteligência artificial; HAL 9000; tecnologia; ser humano; ética.

Abstract: The present scientific work aimed to bring light to a debate little studied and discussed in Brazil, which is the use of AI within the existing ethical limits. To better present a theme of such complexity, some allegories were brought up with Stanley Kubrick's movie "2001 - A Space Odyssey" and its character HAL 9000, a powerful artificial intelligence that ends up rebelling against the crew of the spaceship it controls. Besides this discussion, this article also approaches perspectives and concepts concerning artificial intelligence and the promising field of new technologies, always protecting the human being. To do this analysis, we used bibliographical research in books and websites that approach the theme.

Keywords: artificial intelligence; HAL 9000; technology; human being; ethics.

Introdução

A primeira obra de ficção científica da qual temos notícia é o clássico livro de Mary Shelley, de 1831, chamado *Frankstein*. Na obra, conhecemos a história do Dr. Victor Frankstein, que numa tresloucada sanha em criar uma forma de dar vida a um corpo morto, em experimentos e estudos, acaba dando vida a um monstro de forma e aparência horripilantes, que acaba se transformando em um motivo de tristeza e dor para o criador do que júbilo e alegria.

Esta citação foi feita apenas para demonstrar que ímpeto criador e desbravador do ser humano sempre existiu ao longo da história, pois ele está ligado a duas características marcantes do homem: a busca pela verdade e pela felicidade.

E a sedução pelos avanços tecnológicos sempre foi uma presença marcante no coração do homem sedento por conhecer novas realidades e trazer mais conforto para a sua vida. Dos clássicos livros de Isaac Azimov como *O homem bicentenário e Eu, Robô* ao uso em massa dos smartphones, internet em super velocidade, passando pela chegada do homem ao espaço, a bomba nuclear e a própria existência da misteriosa e apavorante robô Sophia, uma espécie de IA super avançada que replica a aparência e sentimentos humanos com uma perfeição absurda.

Todavia, como na obra de terror de Shelley, nem sempre as criações e avanços tecnológicos e científicos resultam em algo bom para a humanidade. Isto ocorre, quando o ser humano inventa longe dos parâmetros éticos que o circundam. O homem não é um ser formado apenas pela razão, como idealizou o filósofo Immanuel Kant, mas também por valores e afetos, que devem permear suas escolhas e decisões.

A humanidade encontra-se no epicentro da 4ª Revolução Industrial, que possui o fluxo de dados como seu principal ativo, permitindo os avanços cada vez maiores da robótica e informática.

E longe de replicar os ludistas na 1ª Revolução Industrial, não se requer impedir os avanços da técnica, mas apenas deixar sobre estes um olhar sempre humano e cético sobre o caminho que está sendo trilhado, para que as lamentações não superem a euforia e conquistas

1. A IA numa perspectiva histórica

A ideia de que a humanidade poderia criar seres com autonomia suficiente para serem independentes dos seres humanos não é somente dos tempos de agora, mas possuem longa data.

O famoso mito grego de Talos, gigante de bronze construído pelo deus Hefesto, com a missão de proteger a ilha de Creta. Também é possível elencar os autômatos desenhados por Al-Jazari nesta vocação da humanidade a projetar-se em suas criações.⁸¹

Todavia, a engenhosidade da IA é um evento cronologicamente recente. Alan Turing, considerado o grande “pai” da inteligência artificial, publicou um famoso artigo em 1950, com o nome *Computing machinery and intelligence*, um marco definitivo para a tecnologia futura.⁸²

No presente artigo, Turing formulou um jogo de imitação o qual participam três personagens: um homem (A), uma mulher (B) e um interrogador. A e B ficariam dentro de uma sala com a porta fechada, enviando mensagens por baixo da porta para o interrogador, que deveria ser capaz de identificar pelas respostas quem era quem. Mas o verdadeiro desafio era descobrir se uma máquina era capaz de imitar uma das pessoas e enganar o interrogador, que pensaria ser uma pessoa de verdade.⁸³

Turing conclui que dentro de 50 anos, as máquinas desempenhariam um papel tão formidável e semelhante ao que faz o ser humano, que seria difícil distinguir quem era a máquina e quem era o humano em grande parte das ocasiões.⁸⁴

A expressão Inteligência Artificial só apareceu com John McCarthy em 1956, num grande ciclo de estudos sobre o tema.⁸⁵ Após este episódio, a IA ficou estagnada por algumas décadas, somente voltando a cena na década de 80, com o advento das redes neurais⁸⁶ e a grande industrialização da tecnologia.

81 Freitas, Juarez. Direito e Inteligência Artificial: em defesa do humano/ Juarez Freitas e Thomas Bellini Freitas. – Belo Horizonte: Fórum, 2020. P. 21.

82 Idem.

83 Freitas, Juarez. Direito e Inteligência Artificial: em defesa do humano/ Juarez Freitas e Thomas Bellini Freitas. – Belo Horizonte: Fórum, 2020. P. 22.

84 Idem.

85 Idem.

86 De Assis, Pablo. O que são Redes Neurais? Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/programacao/2754-o-que-sao-redes-neurais-.htm>. Redes neurais são sistemas de computação com nós interconectados que funcionam como os neurônios do cérebro humano. Usando algoritmos, elas podem reconhecer padrões escondidos e correlações em dados brutos, agrupá-los e classificá-los, e – com o tempo – aprender e melhorar continuamente. Acessado em 28/06/2021.

Em 1997, um acontecimento emblemático irá popularizar e trazer o uso da IA definitivamente para o debate público. O programa Deep Blue foi capaz de derrotar o campeão mundial de xadrez, Garry Kasparov. O episódio mostrou que Turing estava certo e que a máquina seria capaz de realizar tarefas especificamente humanas.⁸⁷

Memorável feito só foi possível de acontecer devido a força pujante do aprendizado de máquina (machine learning)⁸⁸, atributo da IA, que permite a máquina, após processar grande quantidade de dados de partidas anteriores jogadas por humanos, “aprender” as melhores jogadas e as melhores decisões a serem tomadas por conta própria.⁸⁹

O êxito do Deep Blue não foi a única façanha perpetrada pela IA, pois em 2016, alguns anos depois da vitória em 1997, o software AlphaGo, venceu o campeão Lee Sedol no jogo asiático Go, a partir do mecanismo da machine learning.⁹⁰

Esses dois marcos históricos mostram que em ações e atividades que usam meramente a matemática, a desenvoltura e resultado das máquinas supera e muito a capacidade humana, justamente pela capacidade gigantesca de processar os dados.⁹¹

1.1. O que é a IA: opera sintática ou semanticamente?

87 Freitas, Juarez. Direito e Inteligência Artificial: em defesa do humano/ Juarez Freitas e Thomas Bellini Freitas. – Belo Horizonte: Fórum, 2020. P. 23.

88 Alecrim, Emerson. *Machine learning*: o que é e por que é tão importante. Disponível em: <https://tecnoblog.net/247820/machine-learning-ia-o-que-e/>. Acessado em 28/06/2021. Aprendizado de máquina é um sistema que pode modificar seu comportamento autonomamente tendo como base a sua própria experiência — o treinamento que abordamos anteriormente. A interferência humana aqui é mínima.

89 Freitas, Juarez. Direito e Inteligência Artificial: em defesa do humano/ Juarez Freitas e Thomas Bellini Freitas. – Belo Horizonte: Fórum, 2020. P. 23.

90 Idem.

91 O que é Big Data? Disponível em: <https://canaltech.com.br/big-data/o-que-e-big-data/>. Acessado em 28/06/2021. O *machine learning* trabalha com outro grande conceito para o mundo das novas tecnologias que é o *big data*. *Big Data* é a análise e a interpretação de grandes volumes de dados de grande variedade. Para isso são necessárias soluções específicas para Big Data que permitam a profissionais de TI trabalhar com informações não-estruturadas a uma grande velocidade.

Numa análise bem sintetizada e simples, a IA é um “sistema algorítmico adaptável, relativamente autônomo, emulatório da decisão humana.”⁹²

A IA, desta forma, não apenas segue regras e adapta todo o seu conhecimento adquirido para tomar decisões e mudar o curso da história humana em diversas oportunidades.

Importante destacar que a ideia de que a máquina pode adquirir algo semelhante à “consciência humana” é um tanto utópica, haja vista ser a consciência uma realidade de ordem imaterial e toda IA não transcende, ainda, a ordem material.

Por isso, conforme destaca Juarez e Thomas Freitas, a IA não, apesar de tomar decisões, não é capaz de intencionalizar os seus atos:

“Da mesma forma, a IA possui as instruções – a sua programação é feita por meio de algoritmos – para realizar decisões, mas carece do genuíno entendimento do que está sendo decidido. Assim, Searle refuta a hipótese de a IA possuir intencionalidade, vendo a capacidade de “pensamento” restrita aos seres humanos.⁹³

Deste modo, a IA opera basicamente numa perspectiva sintática, ou seja, ancorada numa mentalidade binária, que apenas segue decisões e mantém uma postura dentro de regras e mecanismos que não ultrapassam a mecanicidade de esquemas matemáticos.

A IA, por outro lado, não possui uma análise semântica da realidade, isto é, ela não é capaz de interpretar o meio que a cerca e dar um tom criativo para a situação que está diante de si.

É como trazer os próprios conceitos de análise sintática e semântica da língua portuguesa para o caso em tela, sendo a primeira facilmente aplicável a uma IA, pois somente demanda o aprendizado estático e sequenciado de regras e memorizações.

Já na análise semântica, é preciso a obtenção de um conhecimento de mundo mais amplo e dinâmico, com aplicação de valores a cada caso concreto apresentado, não sendo possível uma máquina fazer tal façanha.

⁹² Freitas, Juarez. Direito e Inteligência Artificial: em defesa do humano/ Juarez Freitas e Thomas Bellini Freitas. – Belo Horizonte: Fórum, 2020. P. 30.

⁹³ Freitas, Juarez. Direito e Inteligência Artificial: em defesa do humano/ Juarez Freitas e Thomas Bellini Freitas. – Belo Horizonte: Fórum, 2020. P. 35.

A máquina pode conseguir resolver, talvez, problemas como aprimoramento da produtividade, evolução da técnica, melhoramento da qualidade de vida etc. No entanto, problemas como a desigualdade, a paz mundial, erradicação da fome e outras mazelas sociais fogem de sua alçada, pois estão inseridas dentro de um espectro que demanda valores e intenções, atributos que só existem em seres dotados de uma alma racional, como a humana.

Ressalte-se, com a devida vênia, que o uso crescente da IA não assusta e causa medo por uma possível inteligência extremada das máquinas, mas sobretudo pela mecanização da humanidade.⁹⁴

Até que ponto os seres humanos também não estão cada vez mais valendo-se da análise sintática do meio em que vive (virtualização das relações pelas redes sociais, dependência dos celulares e televisão etc.) em detrimento do semântico? A tecnologia super avançada não estaria “esfriando” o homem a tal ponto de colocá-lo em igualdade com as máquinas? Perguntas que em breve clamarão por respostas.

1.2. HAL 9000 e a potencialidade destrutiva da IA

Era o ano de 1968 e o cinema estava prestes a estrelar umas das películas mais importantes e renomadas da história da indústria cinematográfica, seja por sua lucidez ao tratar de temas tão profundos e inquietantes como a evolução filosófica do homem ou o uso e receios acerca da inteligência artificial, ainda muito incipiente.

Stanley Kubrick, aclamado diretor do filme “2001 uma odisseia no espaço”, não só dirigiu um longa metragem que marcou época e que se transformou num clássico do ramo, haja vista ser discutido e estudado até os dias de hoje, mesmo após mais de 50 anos da sua estreia, como também lançou luzes para a discussão de como o homem lidaria com os enormes avanços da tecnologia e como isso afetaria a sua vida e a sociedade como um todo.

O filme aborda diversas discussões existenciais, filosóficas e sobre os avanços tecnológicos vindouros, sobretudo pelo longa ter sido produzido no coração da Guerra Fria, em plena corrida armamentista e espacial travadas pelos EUA e pela URSS.

No entanto, a atenção máxima acaba sendo dada a este último ponto, de maior duração no filme. Uma tripulação é enviada numa missão para manter contato com

⁹⁴ Freitas, Juarez. Direito e Inteligência Artificial: em defesa do humano/ Juarez Freitas e Thomas Bellini Freitas. – Belo Horizonte: Fórum, 2020. P. 36.

possíveis extraterrestres que acompanham a história da humanidade e possivelmente habitam o planeta Saturno.

Esta nave espacial é comandada por uma intrigante IA chamada HAL 9000, um robô capaz de emitir a fala humana de maneira perfeita, com habilidades de comunicação sofisticadas e até mesmo uma “consciência”, que lhe permite controlar e vigiar toda a nave e seus comandos. Em um momento do filme ocorre uma cena profética, quando HAL 9000 vence facilmente os tripulantes num jogo de xadrez, algo que acontecerá com o programa Deep Blue em 1997.

E é neste momento que o robô vilão começa a demonstrar seu maligno. Ao desenvolver um mecanismo capaz de fazer leitura labial, HAL 9000 descobre que os tripulantes da nave estão querendo eliminá-lo e toma a severa decisão de assassinar os astronautas a bordo, alegando que os humanos já não são mais capazes de tomar a melhor decisão.

Há 5 décadas depois, o medo e as dúvidas acerca da inteligência artificial ainda são latentes e relevantes. Guardadas as devidas proporções de uma construção hollywoodiana e o fato de HAL 9000 não ser necessariamente uma inteligência artificial, mas quase que uma “vida autônoma sintética”, a metáfora é possível.

Na obra “Direito e inteligência artificial: em defesa do humano”, Freitas e Bellini apontam para uma questão peculiar das IA, que talvez seja possível traçar um paralelo com HAL 9000:

“O ponto crítico é que os algoritmos de aprendizagem na IA são organizados com maior complexidade do que na automação, pois não apenas seguem regras como também tomam decisões, aprendendo sozinhos sobre os dados coligidos. Implica dizer que, no âmbito da IA, a máquina é um sistema dotado de relativa autonomia. Grife-se: a IA toma decisões. Tal fenômeno não pode ser ignorado.”⁹⁵

Apesar de não se poder dizer que a IA toma de fato uma decisão, haja vista a ausência de razão, por conta da sua grande adaptabilidade e capacidade de reter e processar milhões de dados em um curto espaço de tempo, é possível perceber que a IA pode caminhar para um trajeto bem distinto daquele para o qual foi programada por seu desenvolvedor.

⁹⁵ Freitas, Juarez. Direito e Inteligência Artificial: em defesa do humano/ Juarez Freitas e Thomas Bellini Freitas. – Belo Horizonte: Fórum, 2020. P. 29.

Deste modo, por conta da sua grande autonomia e capacidade de evoluir muito além da sua programação, o potencial destrutivo que uma IA pode atingir é um fato que não pode ser ignorado.

1.3. Um sinal de alerta: pontos negativos da IA

Como foi apontado acima, a grande escalabilidade da IA aponta para um cenário de grande temor e incertezas diante do quão longe uma inteligência artificial pode chegar.

Saindo um pouco da ficção científica idealizada por Kubrick ao criar a personagem HAL 9000, não é difícil encontrar vários casos em que a IA já ocasionou diversos prejuízos e até mesmo tragédias com as suas ações.

O primeiro caso, talvez o mais grave envolvendo a IA, pode ser o do acidente ocorrido com um carro autônomo da Tesla, o Tesla Model S 2019 estava viajando em alta velocidade quando não conseguiu fazer uma curva em uma estrada sinuosa e acabou colidindo com uma árvore, matando 2 passageiros que estavam a bordo no carro.⁹⁶

Outro icônico caso ocorreu com o aplicativo Google Fotos, em que pessoas negras tiravam fotos e, através da funcionalidade tags do app, que reúne fotos semelhantes numa mesma pasta, acabavam descobrindo que as fotografias iam para um álbum intitulado "Gorilas".⁹⁷

Mais situações envolvendo a IA e sua capacidade de lesionar o ser humano podem ser encontradas, como os casos de negativa de crédito nos sistemas de scoring com base exclusiva na localização da pessoa ou até mesmo a produção em massa das *deep fake news*⁹⁸, amplamente utilizadas em corridas eleitorais ao redor do mundo.

Diante destes casos emblemáticos, a humanidade fica diante de outro problema grave da IA: sua capacidade "enviesante", isto é, faculdade de adotar as perspectivas e preconceitos dos seus desenvolvedores. E diante deste quadro, de quem seria a responsabilidade pelos erros cometidos por uma IA? Análise a ser feita no ponto seguinte.

⁹⁶Tesla: acidente com carro 'sem motorista' mata 2 pessoas nos EUA. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-56806154>. Acessado em 29/06/2021.

⁹⁷Harada, Eduardo. Fail épico: sistema do Google Fotos identifica pessoas negras como gorilas. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/google-fotos/82458-polemica-sistema-google-fotos-identifica-pessoas-negras-gorilas.htm>. Acessado em 29/06/2021.

⁹⁸Battaglia, Rafael. Afinal, o que são deepfakes? Disponível em: <https://super.abril.com.br/tecnologia/afinal-o-que-sao-deepfakes/>. Nesta matéria, o conceito de *deepfake* é melhor trabalhado. Acessado em 29/06/2021.

1.3.1. A IA e as armas militares autônomas

Em um estudo intitulado *Os Prós e os Contras dos Sistemas de Armas Autônomos*, os PhD Amitai e Oren Etzioni, apresentam um importante olhar sobre o uso da inteligência artificial em um campo que pode definir o futuro do planeta e da humanidade.⁹⁹

A criação da bomba nuclear no século passado, apesar do grande avanço tecnológico e científico que foi a sua invenção, também revelou um grande e profundo regresso no que tange à ética que pauta a vida humana. A imagem do grande “cogumelo” formado pela explosão é uma cena que impacta os olhos do espectador até hoje.

A discussão em torno do uso da IA no processo de inovação bélico-militar também carece de uma visão que equacione os prós e os contras de tamanha empreitada.

No estudo apontado acima, os autores conseguem discriminar tanto o lado positivo como o lado negativo do uso da IA neste âmbito. Um dos argumentos mais relevantes para a adoção dos sistemas de armas autônomos é o custo benéfico que eles podem gerar.

Isto ocorre, pois o sistema apoiado na IA multiplicaria a força do aparato militar, pois o número de soldados necessário para uma missão seria menor e a eficácia do trabalho executado seria maior. Um outro ponto que também merece ser abordado é o fato do alto custo que um militar gera para os cofres públicos. Num artigo do *The Fiscal Times*, foi estimado um valor de US\$ 850.000,000 por militar no Afeganistão por ano. Comparado a isso, um pequeno robô TALON, um rover que pode ser equipado com armas custaria o valor de US\$ 230.000,00.¹⁰⁰

O relato do Major Jason S. DeSon, da Força Área dos EUA, apontado no mencionado artigo, afirma que o uso da IA no serviço de aeronáutica traria grandes benefícios para produtividade e performance das atividades, pois um piloto automático

⁹⁹ Etzioni, Amitai e Oren. Os prós e os contras dos sistemas de armas autônomos. Disponível em: <https://www.armyupress.army.mil/Portals/7/militaryreview/Archives/Portuguese/Online%20Exclusives/Etzioni-Sistemas-de-Armas-Aut%C3%B4nomos.pdf>. Acesso em 03/07/2021. P.1.

¹⁰⁰ Francis, David. Como um novo exército de robôs pode reduzir o orçamento de defesa. Disponível em: <https://www.thefiscaltimes.com/Articles/2013/04/02/How-a-New-Army-of-Robots-Can-CuttheDefense-Budget>. Acesso em 03/07/2021.

não teria tensão física de um piloto humano, bem como teria uma concentração mental bem mais robusta e preparada para diversas situações de perigo e instabilidade.¹⁰¹

Por outro lado, o argumento contrário ao uso de armas autônoma parte de um ponto de vista mais moral do que material. Os adeptos desta visão defendem que é inviável delegar às máquinas o poder de decidir sobre a vida ou morte de alguém. Isto porque, como um dos problemas, pode ocorrer a violação do princípio da distinção, haja vista dificilmente as máquinas poderem distinguir militares de civis.

Numa carta aberta em julho de 2015¹⁰², grandes nomes da tecnologia mundial como Elon Musk (fundador da Tesla), Stephen Hawking (renomado físico da Universidade de Cambridge), Steve Wozniak (cofundador da Apple) dentre outros fizeram um apelo para que armas autônomas não fossem utilizadas ou promovido seu desenvolvimento, haja vista sua grande letalidade e descontrole da ação humana.

Há poucos anos atrás, robôs programados para matar ou conter a criminalidade, não passavam de uma boa experiência de ficção científica, como o clássico filme Robocop. No entanto, os grandes avanços nos estudos da IA já ventilam a possibilidade de algo bem parecido num futuro próximo.

E dentro desta discussão fascinante do universo da IA e suas implicações práticas, avaliar o uso da inteligência artificial, sempre com a perspectiva de que nunca deixará de existir por trás de toda máquina um ser humano desenvolvidor, que nem sempre terá a melhor das intenções ou uma visão pautada na ética e no bem comum.

1.4. Os vieses da IA e a questão da responsabilidade civil

1.4.1. A IA pode ter preconceitos e vieses absorvidos do ser humano?

Na supracitada obra de Juarez Freitas e Thomas Bellini, no capítulo acerca dos vieses da inteligência artificial, os autores fazem o seguinte apontamento:

“O reino dos vieses é o reino do impulsivismo acrítico e, nessa medida, da supressão parcial ou total do livre-arbítrio. Diante do fenômeno, o desenvolvimento (ou a reprogramação intencional das predisposições discriminatórias e injustas) é uma agenda mandatária.

¹⁰¹Etzioni, Amitai e Oren. Os prós e os contras dos sistemas de armas autônomos. Disponível em: <https://www.armyupress.army.mil/Portals/7/militaryreview/Archives/Portuguese/Online%20Exclusives/Etzioni-Sistemas-de-Armas-Aut%C3%B4nomos.pdf>. Acesso em 03/07/2021. P. 2.

¹⁰² Armas autônomas: uma carta aberta de pesquisadores de IA e robótica. Disponível em: <https://futureoflife.org/open-letter-autonomous-weapons/>. Acesso em 03/07/2021.

Em outras palavras, automatismos têm que ser criticamente reciclados para vetar os condicionamentos nefastos – ostensivos ou velados – que minam o livre arbítrio e o melhor da humanidade.”¹⁰³

Os autores lançam o grande problema da IA operar de maneira mecânica e ao mesmo tempo eivada de vieses e preconceitos, que fazem-na reproduzir uma infinidade de posturas discriminatórias e excludentes em relação ao ser humano.

Um ponto importante de ser lembrado é o fato da IA estar sendo cada vez mais utilizada no recrutamento e seleção de candidatos para vagas de empresa, traçando um perfil e supondo sua compatibilidade com os postos pleiteados. Portanto, diversos candidatos podem ser excluídos injustamente dos processos seletivos, como no caso, por exemplo, da máquina estar impregnada do viés ilícito e imoral do racismo.¹⁰⁴

Por esta razão, é imperioso o início de um movimento de desviesamento da IA, para que a mesma não só seja programada sem estes vícios e preconceitos, mas também funcione como um braço auxiliar na tentativa de também melhores os vieses presentes no ser humano.

1.4.2. Quem é o responsável pelos erros cometidos pela IA?

A pergunta acima ainda não possui uma resposta definitiva, uma vez que todas as discussões acerca da responsabilidade pelos atos da IA ainda são muito novas e a situação é totalmente desafiadora.

Seria a culpa do desenvolvedor do programa? Ou seria melhor punir o consumidor que estava utilizando-o? Não seria o caso de punir o Estado, pois a decisão algorítmica seria uma conduta pública? Ou, de maneira mais utópica, seria o caso de punir a própria IA, pois possui autonomia suficiente para tomar decisões? ¹⁰⁵

¹⁰³ Freitas, Juarez. Direito e Inteligência Artificial: em defesa do humano/ Juarez Freitas e Thomas Bellini Freitas. – Belo Horizonte: Fórum, 2020. P. 93.

¹⁰⁴ Freitas, Juarez. Direito e Inteligência Artificial: em defesa do humano/ Juarez Freitas e Thomas Bellini Freitas. – Belo Horizonte: Fórum, 2020. P. 95.

¹⁰⁵ Freitas, Juarez. Direito e Inteligência Artificial: em defesa do humano/ Juarez Freitas e Thomas Bellini Freitas. – Belo Horizonte: Fórum, 2020. P. 121 e ss. Para uma melhor compreensão da questão da responsabilidade pelas ações da IA, ver o capítulo 9 da presente obra.

Entende-se que de todas as opções elencadas, a melhor alternativa ainda seria responsabilizar o desenvolvedor e a empresa criadora da IA, com base na teoria do risco do empreendimento¹⁰⁶, haja vista o alto grau de periculosidade deste ramo tecnológico.

Todavia, o próprio atributo do *machine learning* presente na IA faz com que a mesma evolua, por essência, de maneira relativamente autônoma, sendo impossível para o criador deter o controle cabal do aprendizado e desenvolvimento que a máquina poderá atingir por si só.¹⁰⁷

Este atributo faz com que a construção primária e o produto final sejam cada vez mais distantes entre si, nem mesmo existindo este produto final, pois a escalabilidade e franco desenvolvimento são características precípua do aprendizado de máquina.¹⁰⁸

Esse seria o estágio conquistado por HAL 9000? Seria o famigerado computador inteligente uma espécie de “personalidade artificial”? Teriam as redes neurais artificiais concedido tamanha independência para as máquinas? HAL 9000 era capaz de cantar, tinha medo da morte e assassinou os tripulantes da nave.¹⁰⁹ A evolução da IA caminha para esta realidade? Muitas são as perguntas e limitadíssima é a capacidade humana para responder qualquer uma delas.

Contudo, apesar desta hipótese parecer fantasiosa e distante, tal perplexidade já esboça contornos práticos. A IA já foi capaz de produzir diversas obras como a conclusão da 10ª Sinfonia de Beethoven, escreveu um conto para competição literária, criou receitas culinárias e construiu uma obra de arte avaliada em milhares de dólares.¹¹⁰

106 A teoria do risco do empreendimento consiste no caso de a transferência da responsabilidade ser exclusiva daquele que se submete ao risco de empreender em determinado ramo que possua um elevado grau de periculosidade. Nestes casos, não há que se falar em análise da culpa do infrator, mas apenas avaliar se sua conduta está ligada ao dano ocorrido.

107 Freitas, Juarez. Direito e Inteligência Artificial: em defesa do humano/ Juarez Freitas e Thomas Bellini Freitas. – Belo Horizonte: Fórum, 2020. P. 123.

108 Freitas, Juarez. Direito e Inteligência Artificial: em defesa do humano/ Juarez Freitas e Thomas Bellini Freitas. – Belo Horizonte: Fórum, 2020. P. 142.

109 Farinaccio, Rafael. IA inspirada no vilão do filme '2001' pode funcionar em estações espaciais. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/software/136465-ia-inspirada-vilao-filme-2001-funcionar-estacoes-espaciais.htm>. Acessado em 29/06/2021. A matéria fala sobre a IA inspirada no HAL 9000 que terá como função controlar estações espaciais.

110 Freitas, Juarez. Direito e Inteligência Artificial: em defesa do humano/ Juarez Freitas e Thomas Bellini Freitas. – Belo Horizonte: Fórum, 2020. P. 144.

Outro caso também a ser destacado é o desenvolvimento do GPT-3, uma espécie de *chatbot* que pensa, capaz de criar textos idênticos ao de seres humanos, através da ferramenta de processamento computacional de línguas ou processamento de linguagens naturais.¹¹¹ Ainda poderia se falar neste caso dos eventuais empregos que a IA poderia tirar dos seres humanos, caso este projeto realmente se concretize.

Há um perigo claro no uso desenfreado e sem freios da IA, haja vista o seu alto potencial em coletar informações e a partir delas tornar-se independente do ser humano. Mas há luzes perante estas trevas, pois os pontos positivos da IA também existem e a regulação deste mercado também é possível e necessária para frear o seu ímpeto destrutivo.

1.5. Uma nova esperança: o que a IA pode nos trazer de bom e um processo regulatório é possível?

1.5.1. A IA como auxiliar do ser humano

Como diz o dito popular “depois da tempestade sempre vem a bonança”! Desta forma, após lançar mão do caráter nebuloso e obscuro da IA, é hora de jogar luzes nesta escuridão e apontar os ganhos que a sociedade atual pode ter com o uso responsável da IA.

Muitas podem ser as frentes as quais a inteligência artificial auxilie o ser humano a atingir resultados mais satisfatórios e positivos, ocasionando uma melhor qualidade de vida para todos.

Nos dias atuais, de modo rudimentar, já podemos observar veículos autônomos que auxiliam os agricultores nas colheitas, proporcionando um ganho muito mais elevado na produtividade.¹¹²

Não podemos olvidar o sofisticado mecanismo de reconhecimento facial, o qual a IA é capaz de reconhecer rostos seja para desbloquear um celular, permitir o acesso a uma

¹¹¹Schultz, Daniel. Chatbot que pensa? Afinal, como é o "cérebro" da IA mais avançada do mundo. Daniel Schultz, Monica Matsumoto, Shridhar Jayanthi, Guilherme Pimentel, Luiz Gustavo Martins e Cristina Schultz. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/colunas/para-onde-o-mundo-vai/2020/10/22/gpt-3-por-que-a-plataforma-de-inteligencia-artificial-e-revolucionaria.htm>. Acessado 29/06/2021.

¹¹² Freitas, Juarez. Direito e Inteligência Artificial: em defesa do humano/ Juarez Freitas e Thomas Bellini Freitas. – Belo Horizonte: Fórum, 2020. P. 24.

área restrita ou ajudar nas investigações criminais com câmeras de segurança que façam este reconhecimento. 113

Também é possível apontar o uso de IA no auxílio aos profissionais da medicina em cirurgias, seja de baixo ou alto risco, que otimizam o trabalho e agem de acordo com uma programação direcionada a poupar os médicos de serviços que possam ser desempenhados por uma máquina.

Outro grande exemplo de melhorias que a IA nos proporcionou pode ser o dos famosos *chatbots* utilizados por empresas que possuem uma alta demanda de ligações e reclamações dos seus clientes, como empresas de telefonia, bancos, grandes varejistas etc., que necessitam solucionar uma miríade de problemas num curto espaço de tempo, o que não seria possível fazer somente com o trabalho humano, de maneira satisfatória.¹¹⁴

Assim sendo, muitas são as hipóteses nas quais a inteligência artificial pode ser de grande valia para a vida humana, pois apresenta uma capacidade de absorção de conteúdo e processamento do mesmo numa capacidade muito mais elevada que a humana.

Segundo Freitas e Bellini, na conclusão de sua obra sobre o assunto, o ponto positivo da IA pode ser visto da seguinte forma:

“A IA pode ser extremamente benfazeja, se regulada apropriadamente, em áreas vitais como saúde, segurança e educação. Além de ampliar a acurácia, funciona como instrumento que enseja a formulação e a implantação de políticas efetivamente baseadas em evidências, tendo na devida conta os princípios da prevenção e da precaução.”¹¹⁵

Em um texto publicado pelo *Valor Econômico*, em 01/10/2020, o advogado especialista em tecnologia, mídia e propriedade intelectual, Ronaldo Lemos, apresenta a IA

113 A preocupação com o uso deste mecanismo de reconhecimento facial e o grau de vigilância permitido, bem como a utilização deste mecanismo como ferramenta de controle estatal serão objeto de um estudo mais aprofundado a ser redigido em breve.

114 A questão dos *chatbots* não pode silenciar os casos em que há a necessidade uma intervenção humana, haja vista que por operar de forma sintática e mecânica, muitas vezes a IA não conseguirá resolver o problema apresentado.

115 Freitas, Juarez. Direito e Inteligência Artificial: em defesa do humano/ Juarez Freitas e Thomas Bellini Freitas. – Belo Horizonte: Fórum, 2020. P. 148.

como a nova infraestrutura dos negócios, sobretudo após o advento da pandemia da Covid-19.

Lemos aponta para o proliferado uso de processamento de linguagem natural, com o intuito de criar *chatbots* capazes de informar sobre os dados a respeito do vírus em tempo real, bem como o uso de aplicações como a Kunumi, empresa de IA com sede em São Paulo, que em parceria com o Grupo Fleury criou uma ferramenta capaz de detectar infectados pelo coronavírus com base em padrões sanguíneos.¹¹⁶

1.5.2. A necessidade da regulação da IA

A regulação do uso da IA no Brasil precisa ser feita para que as regras do jogo sejam estabelecidas. Assim como aconteceu com a proteção de dados pessoais, com o advento da Lei 13.079 de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, a IA também carece de um marco regulatório.

Ronaldo Lemos, no mesmo texto supracitado, defende a criação de um Plano Nacional de Inteligência Artificial¹¹⁷, documento que estabelecerá uma reunião de uma gama de dados existentes em banco de dados públicos ou privados, com o fim de alimentar estruturas de aprendizado de máquina para melhoria da prestação de serviços em ambos os setores.

A regulação também é importante para definir os limites éticos do uso da IA, em quais ramos e áreas esta tecnologia poderá ser usada, delinear a responsabilidade pelos erros cometidos e prejuízos causados, trazer segurança jurídica para um mercado tão vasto e perigoso ao mesmo tempo.

Conclusão: o uso ético da IA em defesa do humano

O futuro da IA é avassalador e o uso cada vez mais frequente da mesma pelo ser humano é uma realidade inevitável. Mas esta aparente necessidade que o mundo terá desta poderosa ferramenta não quer dizer necessariamente que a humanidade deverá estar submissa aos ditames da tecnologia e suas seduções.

¹¹⁶ Lemos, Ronaldo. Ronaldo Lemos: inteligência artificial, a nova infraestrutura dos negócios. Disponível em: <https://valor.globo.com/patrocinado/juntos-no-proximo-nivel/noticia/2020/10/01/ronaldo-lemos-inteligencia-artificial-a-nova-infraestrutura-dos-negocios.ghtml>. Acessado em 30/06/2021.

¹¹⁷ Idem.

O filme de Stanley Kubrick encerra de forma trágica e assustadora para o seu público, com a triunfante vitória do robô HAL 9000, que demonstra ter de fato um poderio e controle total sobre a vida humana em seus domínios.

Em certos momentos do filme, Kubrick, de forma intencional ou não, mostra como o ser humano é frágil e pequeno diante do mundo das novas tecnologias. No espaço, o homem precisa voltar a comer “papinhas”, necessita reaprender a andar e se vê como uma criança indefesa diante de um poder tão colossal como o tecnológico.

O mesmo homem que olha para trás e se espanta com a deficiência e rudimentariedade do seu parente distante do paleolítico, agora é observado pelas máquinas, que em muito o superam, em praticamente tudo.

Mas a sombra do humano ainda insiste em lembrar aos avanços tecnológicos que há limites éticos para o campo de atuação e crescimento da IA e novas tecnologias. Tudo nos leva a pressupor que os trabalhos monótonos, repetitivos e burocráticos serão varridos do mapa de domínio do ser humano e darão lugar às máquinas programadas para isso.

Todavia, sempre existirão funções que demandarão a indelegável e intransferível ação e supervisão humana¹¹⁸, como uma decisão jurídica, uma análise valorativa de alguma situação, ou seja, há realidade que demandam o uso de valores, afetos, atributos que não podem existir numa máquina feita eletrodos, fusíveis e fios.

O uso da IA é louvável e os avanços na área devem sim ser incentivados, contudo, o controle humano sobre a questão e a palavra final em tudo que envolver o tema deve permanecer no campo de incidência da ação humana.

Numa matéria de 21/10/2020, o portal G1.com noticiou que, segundo relatório do Fórum Econômico Mundial, dentro de 5 anos, 85 milhões de empregos serão perdidos em razão da automação.¹¹⁹ Os números são assustadores, sobretudo por estar-se falando da automação, um grau de automatização bem inferior à IA. E diante deste cenário, até onde o avanço não pode ser considerado um regresso?

¹¹⁸ O art. 20 da Lei 13.079 de 2018 (LGPD) aborda o direito do titular de dados de pedir a revisão de decisões inteiramente automatizadas.

¹¹⁹ Cavallini, Marta. Automação deve acabar com 85 milhões de empregos nos próximos 5 anos, diz relatório do Fórum Econômico Mundial. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2020/10/21/automacao-deve-fechar-85-milhoes-de-empregos-diz-relatorio-do-forum-economico-mundial.ghtml>. Acesso em 03/07/2021.

Após 50 anos do primeiro assassinato de um ser humano cometido por uma IA, o épico HAL 9000, o fantasma do medo do que aguarda o homem com os crescentes e exponenciais avanços da tecnologia persiste.

Porém, a preocupação ainda maior deveria estar não no avanço da tecnologia, que é salutar, mas onde o ser humano está nesta história. Ele é o protagonista desta história, só permitindo o avanço até onde possua controle e dentro dos limites éticos? Ou se comporta como um mero espectador de tudo isso, permitindo que mentes malévolas, com a desculpa do avanço tecnológico, coloquem suas agendas antiéticas em curso e não se preocupem com os prejuízos que suas ações possam causar?

O maior perigo dentro deste cenário é a própria virtualização e mecanização do homem, que passa a ser uma espécie de robôs com sentimentos dentro do mundo cada vez mais digital. E se o próximo HAL 9000, inimigo da humanidade, for o próprio ser humano? E se o pretexto de avançar com a tecnologia e lucrar cada vez mais com este mercado tão rentável for um caminho no qual a destruição do genuinamente humano seja o único resultado possível? Perguntas que somente seres humanos poderão responder!

Referências bibliográficas

ALECRIM, Emerson. *Machine learning*: o que é e por que é tão importante. Disponível em: <https://tecnoblog.net/247820/machine-learning-ia-o-que-e/>

Armas autônomas: uma carta aberta de pesquisadores de IA e robótica. Disponível em: <https://futureoflife.org/open-letter-autonomous-weapons/>. Acesso em 03/07/2021.

BATTAGLIA, Rafael. Afinal, o que são deepfakes? Disponível em: <https://super.abril.com.br/tecnologia/afinal-o-que-sao-deepfakes/>

BRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acessado em: 01 de jul. de 2021.

CAVALLINI, Marta. Automação deve acabar com 85 milhões de empregos nos próximos 5 anos, diz relatório do Fórum Econômico Mundial. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2020/10/21/automacao-deve-fechar-85-milhoes-de-empregos-diz-relatorio-do-forum-economico-mundial.ghtml>. Acesso em 03/07/2021.

DE ASSIS, Pablo. O que são Redes Neurais? Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/programacao/2754-o-que-sao-redes-neurais-.htm>

EDITORIAL. O que é Big Data? Disponível em: <https://canaltech.com.br/big-data/o-que-e-big-data/>

EDITORIAL. Tesla: acidente com carro 'sem motorista' mata 2 pessoas nos EUA. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-56806154>

ETZIONI, Amitai e Oren. Os prós e os contras dos sistemas de armas autônomos. Disponível em:

<https://www.armyupress.army.mil/Portals/7/militaryreview/Archives/Portuguese/Online%20Exclusives/Etzioni-Sistemas-de-Armas-Aut%C3%B4nomos.pdf>. Acesso em 03/07/2021.

FARINACCIO, Rafael. IA inspirada no vilão do filme '2001' pode funcionar em estações espaciais. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/software/136465-ia-inspirada-vilao-filme-2001-funcionar-estacoes-espaciais.htm>

FRANCIS, David. Como um novo exército de robôs pode reduzir o orçamento de defesa. Disponível em: <https://www.thefiscaltimes.com/Articles/2013/04/02/How-a-New-Army-of-Robots-Can-CuttheDefense-Budget>. Acesso em 03/07/2021.

FREITAS, Juarez. Direito e Inteligência Artificial: em defesa do humano/ Juarez Freitas e Thomas Bellini Freitas. – Belo Horizonte: Fórum, 2020.

HARADA, Eduardo. Fail épico: sistema do Google Fotos identifica pessoas negras como gorilas. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/google-fotos/82458-polemica-sistema-google-fotos-identifica-pessoas-negras-gorilas.htm>

LEMOS, Ronaldo. Ronaldo Lemos: inteligência artificial, a nova infraestrutura dos negócios. Disponível em: <https://valor.globo.com/patrocinado/juntos-no-proximo-nivel/noticia/2020/10/01/ronaldo-lemos-inteligencia-artificial-a-nova-infraestrutura-dos-negocios.ghtml>

SCHULTZ, Daniel. Chatbot que pensa? Afinal, como é o "cérebro" da IA mais avançada do mundo. Daniel Schultz *et al.* Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/colunas/para-onde-o-mundo-vai/2020/10/22/gpt-3-por-que-a-plataforma-de-inteligencia-artificial-e-revolucionaria.htm>

O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM DESACORDO COM OUTROS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

JOÃO PAULO MONTEIRO DE LIMA:

Mestre em Ciências Jurídicas. Especialista em Direito Processual Civil, Direito Público e Direito Constitucional. Pós-graduando em Direito da Seguridade Social. Oficial de Justiça Federal (TRF1).

Sumário: Introdução. 1. O direito à liberdade de manifestação do pensamento no Brasil. 2. Limitações Constitucionais contra o exercício arbitrário do direito de manifestação do pensamento. 2.1. Dignidade da pessoa humana e discurso de ódio. 2.2. Fake News. 2.3. Proteção do direito à imagem, à vida privada, à honra e à intimidade. 2.4. O direito à liberdade religiosa. 2.5. Direito ao esquecimento. 2.6. Divulgação de ideias em universidades públicas e privadas. 3. Responsabilização e censura. Conclusão. Referências.

Introdução

A liberdade de manifestação do pensamento é um direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, com especial relevância para a sociedade atual. Além de sua previsão na Carta Maior, trata-se também de um direito protegido no âmbito internacional pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil.

Apesar das inúmeras evidências históricas de violações por parte do poder público, todas as Constituições Federais do Brasil já garantiam o direito de livre manifestação do pensamento.

Malgrado seu papel fundamental em uma sociedade democrática, a livre manifestação do pensamento não admite arbítrios, devendo ser exercida em sintonia com outros direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, os direitos à imagem, à honra, à personalidade, ao esquecimento, entre outros.

1. O direito à liberdade de manifestação de pensamento no Brasil

Todas as Constituições Federais brasileiras, desde o ano de 1824, trouxeram em seu bojo o direito à liberdade de expressão: Constituição de 1824 (Brasil Império), art. 179, IV; Constituição de 1891 (Brasil República), art. 72, §12; Constituição de 1934 (Segunda República), art. 113, 9; Constituição de 1937 (Estado Novo), art. 122, 15; Constituição de 1946, art. 141, §5º; Constituição de 1967 (Regime Militar), art. 150, §8º.

Embora presente em todas as Constituições, a livre manifestação do pensamento sofreu, na prática, historicamente, inúmeras violações por parte do poder público. Por esse motivo, a Constituição Federal de 1988, que sucedeu o Regime Militar de 1967, foi obsessiva na proteção desse direito, considerando que uma sociedade democrática não admite a censura governamental, sendo inegável que tal liberdade é direcionada, sobretudo, ao Estado.

No texto constitucional atual é possível constatar, já de início, que é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato (art. 5º, IV), assim como também é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (art. 5º, IX).

Ainda por força da Constituição Federal atual a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição (art. 220, *caput*). Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV (art. 220, §1º). É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (§ 2º, do art. 220, da CF).

A proteção do direito em estudo não se esgota do âmbito nacional. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1949), em seu art. 19, dispõe que “Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.

O artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 1969), ratificado pelo Brasil por meio do Decreto 678/1992, dispõe que “1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha”.

Diz a Convenção, ainda, em seu art. 13: “2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela (...)”.

José Afonso da Silva conceitua a liberdade de manifestação como o direito de exteriorização do pensamento, já que, internamente, a crença ou opinião não podem sofrer censura. Diz o autor: “(...) se caracteriza como exteriorização do pensamento no seu sentido mais abrangente. É que, no seu sentido interno, como pura consciência, como

pura crença, mera opinião, a liberdade de pensamento é plenamente reconhecida, mas não cria problema maior” (2007, p. 98).

Na lição de Celso Ribeiro Bastos a liberdade de manifestação do pensamento representa o direito de se expressar sem qualquer interferência (2000, p. 349).

O Supremo Tribunal Federal define que a manifestação do pensamento “constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que, por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático ”(ADI 4451/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJ 21/06/2018). O pensamento crítico se mostra indispensável ao regime democrático.

Compete destacar que no mesmo Acórdão supramencionado (ADI 4451/DF) o Supremo Tribunal consignou que o direito à liberdade de expressão não se esgota na proteção de ideias supostamente verdadeiras, já que sua acepção atinge também declarações errôneas, duvidosas, exageradas, condenáveis, humorísticas, entre outras.

Logo, é possível identificar que a concepção do direito à liberdade de manifestação do pensamento é ampla, não cabendo à lei ou a qualquer um dos Poderes da República criar mecanismos de censura prévia ou restrições constitucionalmente injustificadas ao seu pleno exercício. Assim, diz-se que “a censura governamental, emanada de qualquer um dos três Poderes é a expressão odiosa da face autoritária do poder público ”(STF, ADPF 130, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 27/02/2008).

Embora preferencial, o direito fundamental à manifestação do pensamento, assim como todo direito fundamental, não é absoluto, de modo que eventuais abusos devem ser ponderados com base no princípio da proporcionalidade.

Sobre o conteúdo do princípio da proporcionalidade, aliás, Marcelo Novelino diz que compete ao Estado, quando necessária a sua intervenção, analisar três metanormas, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (2020, p. 334).

Ainda para o professor Marcelo Novelino: “a adequação envolve a análise do meio empregado e do objetivo a ser alcançado” (2020, p. 334). A “necessidade impõe que, dentre os meios similarmente adequados pra fomentar determinado fim, seja utilizado o menos invasivo possível” (2020, p. 335). Por fim, em relação à proporcionalidade em sentido estrito, “para analisar o grau de intensidade da intervenção de um direito fundamental e o de realização do outro, abandona-se o âmbito da otimização em relação às possibilidades fáticas para se adentrar no âmbito das possibilidades jurídicas” (2020, p. 336).

Como visto, a base constitucional e internacional da liberdade de manifestação do pensamento traduz a importância democrática desse direito, visando, além disso, coibir a censura, o anonimato, a apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, entre outros.

2. Limitações constitucionais contra o exercício arbitrário do direito de manifestação do pensamento

Embora se trate de um direito fundamental, a livre manifestação do pensamento encontra certos limites, devendo ser exercida em sintonia com outros direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, os direitos à imagem, à honra, à personalidade, ao esquecimento, às ideias e à liberdade religiosa.

Por esse motivo o ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no âmbito constitucional, também proíbe, entre outros atos, a divulgação arbitrária de notícias falsas (*fake news*) e os discursos de ódio.

Há situações em que se constata uma colisão entre direitos fundamentais, que ocorre “quando dois ou mais direitos abstratamente válidos entram em conflito diante de um caso concreto” (NOVELINO, 2020, p. 340), exigindo, para solução, a intervenção do poder judiciário. A Constituição da República, nesses casos, prevê mecanismos de combate ao exercício abusivo da liberdade de expressão.

O objetivo desse estudo não é esgotar todas as hipóteses em que se exige a ponderação entre direitos constitucionais, mas apresentar, de modo exemplificativo, algumas situações em que será exigido do poder judiciário que adote critérios buscando a concordância prática entre direitos e bens juridicamente protegidos.

2.1. Dignidade da pessoa humana e discurso de ódio

Como dito, a liberdade de expressão não constitui um direito absoluto, exigindo-se do Estado a aplicação do princípio da proporcionalidade quando existente conflito entre esse direito e outros princípios ou valores constitucionais.

Apesar de sua importância para um Estado Democrático, ao assegurar o direito à liberdade de manifestação do pensamento a Constituição da República não visou proteger atos discriminatórios, entre eles, aqueles que violem a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da CF). Por esse motivo os direitos tutelados pela Constituição devem ser exercidos nos limites da própria Carta Maior, haja vista que um direito ou garantia não exclui outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, nos termos do § 2º, de seu artigo 5º.

Não se pode negar, também, que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem,

raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, Inciso IV, da CF), de modo que o direito de liberdade de expressão não se coaduna com manifestações preconceituosas.

Por exemplo, “o direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal” (STF, HC 82.424/RS, Rel. Min. Moreira Alves, Redator p. Acórdão Min. Maurício Corrêa, DJ 17/09/2003).

Inclusive, no HC 82.424/RS o Supremo Tribunal Federal destacou a necessidade de harmonia entre as liberdades públicas e a indispensabilidade de observância da própria Constituição, ao dispor o seguinte: “(...) As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos pela própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, §2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito de incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede os delitos contra a honra”.

Os limites impostos ao direito de livre manifestação do pensamento, vale dizer, também atingem os parlamentares, apesar da imunidade conferida pelo artigo 53 da Constituição Federal. Isso porque, a imunidade parlamentar não se presta de escudo para manifestações ofensivas à honra e à dignidade da pessoa humana.

Sobre isso, em decisão proferida no processo n. 1069325-41.2020.8.26.0100 o Juiz de Direito Guilherme Madeira asseverou que “a liberdade de expressão é valor dos mais caros nas democracias liberais. No entanto isso não significa que a prática de atos criminosos esteja abarcada por ela”. Fica evidenciado, portanto, que a imunidade parlamentar não protege manifestações desproporcionais e não relacionadas com a atividade parlamentar.

Daniel Sarmento destaca que a liberdade de expressão permite ao poder judiciário atuar contra desvios autoritários dos governantes, asseverando que “a Constituição de 88 protegeu enfaticamente a liberdade de expressão e o Judiciário desfruta da independência que lhe faltava algumas décadas atrás para fazer valer esta garantia contra eventuais desvios autoritários dos governantes” (2006, p. 54).

Outro ponto que merece destaque refere-se ao *hate speech* (discurso de ódio), que, para o professor Daniel Sarmento, consiste em “manifestações de ódio, desprezo, ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, dentre outros fatores” (2010, p. 208).

Pelas mesmas razões anteriormente apontadas o exercício da liberdade de expressão não tutela discursos de ódio envolvendo ataques racistas, homofóbicos, entre outros.

Em verdade, o direito de se expressar livremente é uma prerrogativa de todos, desde que o seu exercício não viole leis ou outros direitos e garantias. A ponderação a ser realizada pelo intérprete deve ter como norte a dignidade da pessoa humana, conforme leciona, em seu artigo "A liberdade de expressão e o problema do hate speech", Daniel Sarmiento: "(...) a dignidade da pessoa humana deve operar como um norte substantivo para a atuação do intérprete, balizando e condicionando as ponderações de interesse empregadas para o seu equacionamento".

Feitas essas considerações, podemos afirmar que a liberdade de expressão representa um dos suportes axiológicos do próprio regime democrático, entretanto, seu exercício encontra limites impostos pela Constituição Federal, isto é, a dignidade da pessoa humana e a vedação a discursos de ódio.

2.2. Fake News

Entre os limites impostos ao exercício do direito de livre manifestação do pensamento está, também, a proibição da disseminação de *fake news* (notícias falsas). Trata-se da vedação da divulgação de "fatos sabidamente inverídicos, notícias comprovadamente falsas" (TRE-PE, Representação n. 060290094, Rel. Stênio José de Souza Neiva Coêlho, DJ 04/10/2018).

De acordo com Renê Moraes Braga, *fake news* pode ser conceituada como "a disseminação, por qualquer meio de comunicação, de notícias sabidamente falsas com o intuito de atrair a atenção para desinformar ou obter vantagem política ou econômica" (2018. p. 205).

O Ministro Luiz Fux, em seu voto proferido na ADI 4451/DF, destacou o fenômeno das *fake news* como "notícias sabidamente inverídicas, propagáveis, massificadas, que viralizam num tempo recorde, sob o pálio da liberdade de expressão".

É certo que a expressão *fake news* ainda não possui um conceito uniforme, todavia, sua terminologia reflete a propagação de notícias de conteúdo distorcido, equivocado, contrário à realidade, tudo intencionalmente orquestrado por quem o divulga e com a finalidade de enganar o destinatário da informação.

É necessário destacar que não se trata de declarações errôneas, duvidosas ou exageradas, que se encontram dentro do limite do exercício da liberdade de expressão (STF, ADI 4451/DF), mas sim de afirmações notoriamente inverídicas, distorcidas, intencionalmente usadas para a obtenção de uma vantagem indevida ou ilícita.

O Supremo Tribunal Federal, no Inquérito n. 4781, cujo objetivo é a investigação de supostas notícias fraudulentas (*fake news*), falsas comunicações de crimes, denúncias caluniosas, entre outros ilícitos dirigidos em face do Supremo Tribunal e de seus membros, ponderou que os direitos e garantias individuais não são absolutos, asseverando que, quando tais direitos ou garantias estiverem em conflito, cabe ao intérprete utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em colisão.

Como visto, a chancela constitucional da livre manifestação do pensamento não permite o exercício abusivo da informação. Embora não caiba ao poder público censurar previamente qualquer tipo de opinião, atualmente, sobretudo em razão da expansão do acesso à internet, cabe ao poder judiciário exercer um papel fundamental no tocante ao combate à divulgação de informações falsas.

2.3. Proteção do direito à imagem, à vida privada, à honra e à intimidade

A Constituição da República prevê que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, inciso X). Garante, ainda, o direito de resposta proporcional ao agravo (art. 5º, inciso V).

A proteção também encontra guarida na legislação infraconstitucional, quando o Código Civil trata da responsabilização civil por cometimento de ato ilícito nos seus artigos 186, 187 e 927.

Nota-se que, ao mesmo tempo em que a Constituição Federal impõe o direito à livre manifestação do pensamento, também assegura como invioláveis outros direitos, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Mais uma vez, quando em colisão, faz-se necessário ponderar os direitos constitucionais, mediante aplicação do princípio da proporcionalidade, para se estabelecer se há ou não exercício arbitrário da garantia da livre manifestação do pensamento.

Assim, inúmeras demandas são levadas ao poder judiciário objetivando solucionar conflitos entre os direitos fundamentais à imagem e à liberdade de expressão.

Por exemplo, a liberdade de se expressar traduzida na publicação em rede social que excede o direito de opinião e imputa a alguém o cometimento de um crime com a finalidade de macular sua honra fere o direito à imagem, o que foi decidido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal: "(...) A publicação do réu transcende em muito sua mera opinião. Ultrapassa o limite do direito a expressão e manifestação. Imputa ao autor a prática de um delito de adulteração de combustível, o que tem o condão de macular a honra da empresa". Continua: "(...) Não pode ser admitido que as cogitações divulgadas

de forma cotidiana pelos cidadãos que usam as redes sociais como escudo para veicular todos os tipos de manifestações, sem se preocupar com a extensão tomada, sob o argumento da liberdade de expressão, atinjam, de forma indiscriminada e livre de comprovação, o direito à honra de outras pessoas” (TJDF, Acórdão n. 1009454, Rel. Carlos Rodrigues, 6ª Turma Cível, DJ 15/3/2017).

Ao contrário, a publicação em rede social de críticas dirigidas de forma genérica a agentes públicos que não tenham a finalidade de ofender a honra não é passível de responsabilização, pois está acobertada pelo direito de livre manifestação do pensamento (TJDF, Acórdão n. 1017158, Rel. Designado: Teófilo Caetano, 1ª Turma Cível, DJ 03/05/2017).

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que é dever da empresa hospedeira de sítio na internet fiscalizar o conteúdo publicado e de retirá-lo do ar quando considerado ofensivo, sem intervenção do Judiciário (Tema 533/STF).

Inexiste uma fórmula para solucionar o conflito entre direitos fundamentais, cabendo ao intérprete, com base nas particularidades do caso concreto, valer-se dos mecanismos de hermenêutica constitucional para estabelecer qual direito fundamental deve, naquele caso específico, prevalecer diante de outro.

2.4. O direito à liberdade religiosa

No Brasil, o direito à liberdade de consciência e de crença é inviolável, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias, nos termos do art. 5º, inciso VI, da Constituição.

Não se admite, também, que alguém seja privado de direitos por motivo de crença religiosa, salvo se a invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa fixada em lei (art. 5º, inciso VIII, CF).

Em vista disso, protege-se o direito de escolha ou mudança de religião, seita, assim como a prerrogativa de desacreditar na existência de Deus.

A proteção religiosa também pode ser encontrada em outras leis, como, por exemplo, na Lei 6.923/1981, que dispõe sobre o serviço de assistência religiosa no âmbito das Forças Armadas, e na Lei 9.982/2000, que versa a respeito da prestação de assistência religiosa nas entidades hospitalares públicas e privadas, bem como nos estabelecimentos prisionais civis e militares.

O Brasil é um estado laico e não deve exercer influência sobre qualquer religião, conforme alude o artigo 19 da Constituição Federal, *caput* e inciso I, que determina ser vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer cultos

religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

A despeito da determinação constitucional supracitada, permite-se a presença de crucifixos nas dependências do poder judiciário, tendo em vista que são considerados símbolos da cultura brasileira (CNJ, pedido de providências 1344, Rel. Paulo Lôbo, DJ 06/06/2007).

O Supremo Tribunal Federal firmou diversos entendimentos a respeito do direito à liberdade religiosa quando em colisão com a liberdade de manifestação do pensamento.

Primeiramente, a Suprema Corte entende que a Constituição da República tutela não apenas o direito de escolher ou não uma religião, mas também o proselitismo religioso, que consiste no direito de convencer outras pessoas a converterem-se à sua religião. Por esta razão, admite como exercício do direito de liberdade de expressão críticas realizadas por um líder religioso em face do espiritismo e de religiões de matriz africana (STF, RHC 1334682/BA, Rel. Min. Edson Fachin, DJ 29/11/2016).

Nesse mesmo contexto, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do §1º, do art. 4º, da Lei 9.612/98, que determinava ser vedado o proselitismo de qualquer natureza na programação das emissoras de radiodifusão comunitária, reiterando que o discurso proselitista é inerente à liberdade de expressão religiosa, permitindo a livre manifestação do pensamento e a formulação de discurso persuasivo e o uso de argumentos críticos, concluindo, então, que viola a Constituição Federal a proibição de veiculação de discurso proselitista em serviço de radiodifusão comunitária (STF, ADI 2566/DF, Rel. orig. Min. Alexandre de Moraes, red. p. Ac. Edson Fachin, DJ 16/05/2018).

Por outro lado, de acordo com a Suprema Corte, a incitação ao ódio, que traduz uma conduta mais grave, empreendida por um líder religioso contra outras religiões, excede o direito de manifestação e pode configurar o crime de racismo, previsto na Lei n. 7.716, de 1989, que diz respeito ao ato de praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (art. 20) (STF, RHC 146303/RJ, Rel. Min. Edson Fachin, red. p. Ac. Min. Dias Toffoli, DJ 06/03/2018).

Extrai-se dos referidos julgados que críticas a outras religiões, com o escopo de convencer outras pessoas a se converterem à sua religião, sem a finalidade de supressão ou redução da dignidade do diferente, não configuram crime, estando protegidas pelo direito à liberdade de expressão, de crença e no proselitismo religioso.

2.5. Direito ao esquecimento

De acordo com o Conselho da Justiça Federal, por meio do Enunciado n. 531, da VI Jornada de Direito Civil, “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. O direito ao esquecimento é representativo do direito à honra e à imagem.

Muito embora seja assegurado o interesse público de informar, este não destoa da observância do direito ao esquecimento. Cria-se, portanto, mais um freio constitucional à liberdade de manifestação. A celeuma que se impõe é a seguinte: quando o direito ao esquecimento se sobreporá em face do direito de informar? Essa questão pode ser respondida sob o viés jurisprudencial.

Exemplo disso temos o direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente sua pena. O Superior Tribunal de Justiça aponta, ao justificar a preponderância do direito ao esquecimento, a prevalência da esperança, que é o vínculo entre futuro e presente, sobre a memória, indicando ser a conexão entre presente e passado: “Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória - que é a conexão do presente com o passado - e a esperança - que é o vínculo do futuro com o presente -, fez clara opção pela segunda (STJ, RESP 1334097/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 28/05/2013)”.

Por outro lado, no mesmo julgado supracitado foi reconhecido que fatos genuinamente históricos, cuja análise depende de cada caso concreto, devem ser preservados, minimizando a proteção do direito de esquecimento em razão do interesse público e social de informar.

Em fevereiro de 2021 o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 1010606/RJ, firmou entendimento no sentido de que um direito ao esquecimento afronta a liberdade de expressão, não cabendo sua criação por parte do Poder Judiciário. Para a Suprema Corte: “É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais”.

Decerto, apesar da aparente divergência a respeito da existência ou não de um direito ao esquecimento no Brasil, eventuais excessos à liberdade de informar devem ser combatidos sob a análise de cada caso concreto, assentado nos parâmetros constitucionais, sopesando qual dos direitos fundamentais em conflito deve prevalecer.

2.6. Divulgação de ideias em universidades públicas e privadas

A proteção constitucional à liberdade de expressão não permite que haja interferência estatal relacionada à divulgação de ideias em universidades públicas ou privadas, nem mesmo durante o período eleitoral.

Para a Suprema Corte, atos judiciais ou administrativos que determinem ou promovam ingresso de agentes públicos em universidades públicas e privadas, recolhimento de documentos, interrupção de aulas, debates ou manifestações de docentes e discentes universitários, a atividade disciplinar docente e discente e coleta irregular de depoimentos pela prática de manifestação livre de ideias e divulgação de pensamento nos ambientes universitários ou equipamentos sob administração de universidades públicas e privadas e serventes a seus fins e desempenho são incompatíveis com a Constituição Federal (STF, ADPF 548/DF, Rel. Min. Carmem Lúcia, DJ 15/05/2020).

A Ministra Relatora da supracitada ADPF ainda destacou, em seu voto, que “impor-se a unanimidade universitária, impedindo ou dificultando a manifestação plural de pensamentos é trancar a universidade, silenciar o estudante e amordaçar o professor”. Disse, em seguida, que “a única força legitimada a invadir uma universidade é a das ideias livres e plurais”.

É nítida a máxima proteção às ideias. Além do mais, é papel das Universidades estimular a manifestação do pensamento crítico e de opinião, e o Estado não pode se imiscuir nessa prerrogativa. Ao contrário, em um país democrático compete ao próprio Estado assegurar o pleno exercício das liberdades.

Nesse norte, identifica-se que o debate universitário não se restringe às matérias que compõem a grade curricular de um curso, mas se estende à expressão de qualquer ideologia - sem a imposição de obstáculos por parte do Estado, atitude própria dos regimes ditatoriais.

Por força da Constituição, todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização (art. 5º, XVI, CF). Não há, portanto, restrição constitucional à reunião dentro de universidades públicas ou privadas. A Constituição da República, ao permitir a liberdade de reunião, não admite que o Estado possa intervir na liberdade de externar posições ideológicas, seja qual for o lugar em que exercida.

O direito de reunião também é previsto na Declaração Universal de Direitos Humanos (de 1948), ao assegurar que “Todo ser humano tem direito à liberdade de reunião e associação pacífica” (artigo 20).

É essencial à compreensão do tema mencionar, conforme assentado pelo Ministro Celso de Mello em trecho de seu voto proferido nos autos da ADPF 548/DF, que “o direito de reunião, enquanto direito-meio, atua em sua condição de instrumento viabilizador do exercício da liberdade de expressão”. A conclusão que se extrai é de que os direitos de reunião e de manifestação do pensamento são indissociáveis, não podendo o poder público impedir a veiculação de opiniões nos espaços universitários, ainda que contrárias ao governo ou mediante atos de proselitismo, por exemplo.

É por esses motivos que não se tolera a repressão estatal, cujos atos devem ser pautados na legalidade, se com o objetivo de mitigar a exteriorização do pensamento crítico e a exposição de ideias no âmbito das universidades públicas e particulares.

3. Responsabilização e censura

A Constituição da República disciplina que é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (§ 2º, do art. 220, da CF). A mesma posição é conferida pelo art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica.

Para o Supremo Tribunal Federal a tutela dos direitos da personalidade pelo poder judiciário se dá de modo posterior, “mediante a garantia de direito de resposta e de eventual responsabilização penal e civil decorrente de abusos” (Reclamação n. 39401/AM, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 12/05/2020). É nesse contexto que se objetiva impedir a censura prévia por parte do poder judiciário.

Malgrado não se possa admitir mecanismos de censura, não se afasta a responsabilização do sujeito que, com o objetivo de se valer de seu direito constitucional à liberdade de expressão, o faça de modo abusivo. Em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “eventual uso abusivo da liberdade de expressão deve ser reparado, preferencialmente, por meio de retificação, direito de resposta ou indenização” (STF, Rcl. 22.328/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, DJ 06/03/2018).

A respeito da responsabilização no âmbito penal, há diversos crimes que podem ser cometidos com o uso abusivo do direito da liberdade de expressão, quais sejam: calúnia (art. 138 do CPB), difamação (art. 139 do CPB), injúria (art. 140 do CPB), ameaça (art. 147 do CPB), denúncia caluniosa (art. 339 do CPB), falsa comunicação de crime (art. 340 do CPB), entre outros.

A responsabilização penal não se esgota por aí. Em caso recente o Supremo Tribunal Federal, no já mencionado Inquérito 4781/DF, inferiu que um discurso realizado pelo Deputado Federal Daniel Silveira, cujo vídeo foi divulgado massivamente em diversas redes sociais, tratava-se de afronta aos princípios democráticos, republicanos e da separação de poderes, concluindo que a conduta do parlamentar federal estaria submissa

às disposições da Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83), notadamente nos artigos 17, 18 e 23, incisos I e II, da norma.

Também poderá o autor do ato abusivo ser responsabilizado civilmente pelo cometimento de danos materiais, morais ou à imagem, nos termos do artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal. O Código Civil também trata da responsabilização, o que se observa em uma leitura, entre outros, dos artigos 186, 187 e 927.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “o magistrado poderá condenar o autor de uma ofensa a divulgar a sentença condenatória nos mesmos veículos de comunicação em que foi cometida a ofensa à honra” (STJ, RESP 1.771.866/DF, Rel. Min. Marcos Aurélio Bellizze, DJ 12/02/2019). O Código Civil, ao estabelecer o dever de reparar o dano, em seu artigo 927, não se limitou à reparação em pecúnia (indenização), apenas, o que admite a reparação *in natura*, traduzida na retratação pública ou em outro meio.

Essa conclusão se extrai do Enunciado 589, da VII Jornada de Direito Civil do CJF: “A compensação pecuniária não é o único modo de reparar o dano extrapatrimonial, sendo admitida a reparação *in natura*, na forma de retratação pública ou outro meio”.

É importante esclarecer, a título de complemento, que o pedido de publicação da sentença condenatória não possui previsão legal expressa, tendo em vista que o único diploma normativo brasileiro a prevê-lo é a Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967), em seu artigo 75, *caput*. Contudo, de acordo com o Supremo Tribunal Federal referida lei não foi recepcionada pela CF/88, consoante decisão proferida na ADPF 130/DF. Justifica-se a publicação da sentença condenatória, entretanto, no direito de retratação e de esclarecimento da verdade, consubstanciados nos artigos 927 e 944 do Código Civil.

Por fim, vale destacar que a própria legislação, com base no princípio da proporcionalidade, poderá mitigar o exercício da liberdade de expressão. Assim estabeleceu a lei 12.663/2012, conhecida como Lei Geral da Copa, em seu artigo 28, §1º: Art. 28. São condições para o acesso e permanência de qualquer pessoa nos Locais Oficiais de Competição, entre outras: (...) § 1º É ressalvado o direito constitucional ao livre exercício de manifestação e à plena liberdade de expressão em defesa da dignidade da pessoa humana.

O Supremo Tribunal Federal, em 01/07/2014, na Medida Cautelar na ADI n. 5136/DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, com base no princípio da proporcionalidade, reconheceu a constitucionalidade do supracitado dispositivo legal, entendendo que houve um juízo de ponderação por parte do legislador quando limitou as manifestações que tenderiam a gerar maiores conflitos e atentar contra a segurança dos participantes de evento de grande porte.

Nota-se, portanto, que a livre manifestação do pensamento, apesar de assumir um papel preferencial, deve se coadunar com o respeito à privacidade, à honra, à imagem, à personalidade, entre outros direitos constitucionalmente assegurados, sob pena de responsabilização do sujeito, a qual, entretanto, somente tem lugar em situações excepcionais.

Conclusão

Em uma sociedade democrática a liberdade de expressão se revela como um instrumento de garantia da pluralidade de ideias. Trata-se de um direito fundamental, previsto em todas as Constituições brasileiras desde o ano de 1824, cuja proteção encontra amparo não apenas na Carta Maior, mas também em tratados internacionais.

Embora se trate de um direito fundamental, há casos em que se constata uma colisão desse com outros direitos fundamentais, reclamando a intervenção do poder judiciário. Por essa razão, a livre manifestação do pensamento deve ser exercida em sintonia com outros direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, os direitos à imagem, à honra, à personalidade, ao esquecimento e à liberdade religiosa.

Assim, o poder judiciário tem se manifestado em inúmeras ocasiões, reconhecendo diversos freios constitucionais que atuam de modo a evitar o exercício arbitrário da liberdade de manifestação do pensamento e, outras vezes, protegendo o sujeito contra atos estatais que tenham como resultado diminuir, sem motivo justo, o âmbito de extensão do direito de manifestação. Merece destaque o seguinte:

A – Dignidade da pessoa humana e discurso de ódio: a Constituição da República não visou proteger atos discriminatórios, entre eles, aqueles que violem a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Nesse sentido, o direito à liberdade de expressão não pode abrigar manifestações de conteúdo imoral ou que implicam ilicitude penal, por exemplo, sob pena de violação da dignidade da pessoa humana. Do mesmo modo, o exercício da liberdade de expressão não tutela discursos de ódio envolvendo ataques racistas, homofóbicos, entre outros.

B – Fake News: a chancela constitucional à livre manifestação do pensamento não permite o exercício abusivo da informação. Não se autoriza, portanto, que sejam veiculadas notícias sabidamente inverídicas.

C – Proteção ao direito à imagem, à vida privada, à honra e à intimidade: malgrado o texto constitucional assegure o direito à livre manifestação do pensamento, também dispõe serem invioláveis outros direitos, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Quando em colisão, faz-se necessário ponderar os direitos

constitucionais, mediante aplicação do princípio da proporcionalidade, para se estabelecer se há ou não exercício arbitrário da garantia da livre manifestação do pensamento.

D – Liberdade religiosa: o direito à liberdade de consciência e de crença é inviolável, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida a proteção aos locais de culto e a suas liturgias. O Supremo Tribunal Federal tem se debruçado sobre diversos temas envolvendo a liberdade religiosa e firmou sua jurisprudência no sentido de que críticas a outras religiões, com o escopo de convencer outras pessoas a se converterem à sua religião, sem a finalidade de supressão ou redução da dignidade do diferente, não configuram crime, estando protegidas pelo direito à liberdade de expressão, de crença e no proselitismo religioso.

E – Direito ao esquecimento: a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento (Enunciado 531, da VI Jornada de Direito Civil do CJF). Embora seja assegurado o interesse público de informar, este não destoa da observância do direito ao esquecimento.

F – Divulgação de ideias em universidades públicas e privadas: a proteção constitucional à liberdade de expressão não permite que haja interferência estatal relacionada à divulgação de ideias em universidades públicas ou privadas, por isso, de acordo com o STF, atos judiciais ou administrativos que cerceiem a liberdade de ideias em universidades são incompatíveis com a Constituição.

Por fim, há de se destacar que não se admite, no Brasil, mecanismos de censura prévia. É possível, entretanto, a responsabilização do sujeito que, com o objetivo de se valer de seu direito constitucional à liberdade de expressão, o faça de modo abusivo. Tal responsabilização se dá tanto no âmbito penal quanto na esfera cível.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Os limites à liberdade de expressão na Constituição da República**. Revista Forense, 2000.

BRAGA, Renê Morais da Costa. A indústria das fake news e o discurso de ódio. In: PEREIRA, Rodolfo Viana (Org.). **Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio**. Belo Horizonte: Instituto para o Desenvolvimento Democrático, 2018.

BRASIL. **Decreto 687, de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

BRASIL. **Lei de Imprensa – Lei n. 5.250/1967.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm.

BRASIL. **Lei Geral da Copa – Lei n. 12.663/2012.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/l12663.htm.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira. **Manual de direito civil.** 2 ed. Salvador: *JusPodivm*, 2020.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional.** 4 ed. Saraiva: São Paulo, 2020.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional.** 15 ed. Salvador: *JusPodivm*, 2020.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do hate speech.** Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, out./dez. 2006.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”.** Disponível em <http://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosUpload/4888/material/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais, Estudos de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª tiragem, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição.** 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

DOS DIREITOS SOCIAIS AOS DIREITOS DIFUSOS NA ONU

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutorando em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer uma análise sobre os direitos sociais e difusos na Organização das Nações Unidas.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos sociais. Difusos. ONU.

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo analizar sucintamente los derechos sociales y difusos en las Naciones Unidas.

PALABRAS CLAVE: Derechos sociales. Difusos. ONU.

ABSTRACT: This article aims to succinctly analyze the social and diffuse rights in the United Nations.

KEYWORDS: Social rights. Diffuse. UN.

INTRODUÇÃO

Os direitos sociais surgiram em razão do tratamento desumano vivido pela classe operária durante a Revolução Industrial na Europa, nos séculos XVIII e XIX. A principal característica dessa revolução foi a substituição do trabalho artesanal pela produção em grande escala e com uso das máquinas.

A categoria de direito difuso surgiu no mundo após a década de 1970 caracterizados como direitos transindividuais, ou seja, que não pertencem a um único indivíduo, os direitos difusos atendem a um grupo de pessoas ou a coletividade afetada por determinada situação como em caso de desabamentos, desequilíbrio do meio ambiente, prejuízos financeiros etc.

Esta pesquisa é bibliográfica e qualitativa justifica-se pela extrema relevância nos dias atuais dos direitos sociais e direitos difusos e por estarem consagrados no cenário internacional.

DESENVOLVIMENTO

A Organização das Nações Unidas (ONU), ou simplesmente Nações Unidas, é uma organização intergovernamental criada para promover a cooperação internacional. Uma substituição à Liga das Nações, a organização foi estabelecida em 24 de outubro de 1945, após o término da Segunda Guerra Mundial, com a intenção de impedir outro conflito como aquele. Na altura de sua fundação, a ONU tinha 51 estados-membros; hoje são 193. A sua sede está localizada em Manhattan, Nova York, e possui extraterritorialidade. Outros escritórios situam-se em Genebra, Nairóbi e Viena. A organização é financiada com contribuições avaliadas e voluntárias dos países-membros. Os seus objetivos incluem manter a segurança e a paz mundial, promover os direitos humanos, auxiliar no desenvolvimento econômico e no progresso social, proteger o meio ambiente e prover ajuda humanitária em casos de fome, desastres naturais e conflitos armados.

Durante a Segunda Guerra, o presidente estadunidense, Franklin D. Roosevelt, começou a discutir a criação de uma agência que sucederia a Liga das Nações, e a Carta das Nações Unidas foi elaborada em uma conferência em abril/junho de 1945; a carta entrou em vigor a 24 de outubro de 1945, e a ONU começou a operar. A sua missão de promover a paz foi complicada nas suas primeiras décadas de existência, por culpa da Guerra Fria, entre Estados Unidos, União Soviética e seus respectivos aliados. Teve participação em ações importantes na Coreia e no Congo-Léopoldville, além de ter aprovado a criação do estado de Israel em 1947.

O número de integrantes cresceu bastante após o grande processo de descolonização na década de 1960, ocorrido principalmente na África, na Ásia e na Oceania, e, na década seguinte, seu orçamento para programas de desenvolvimento social e econômico ultrapassou em muitos seus gastos com a manutenção da paz. Após o término da Guerra Fria, a ONU assumiu as principais missões militares e de paz ao redor do globo, com diferentes níveis de sucesso. A organização foi laureada com o Nobel da Paz em 2001, e alguns de seus oficiais e agências também ganharam o prêmio. Outras avaliações da eficácia da ONU são mistas. Alguns analistas afirmam que as Nações Unidas são uma força importante no que tange manter a paz e o estimular o desenvolvimento humano, enquanto outros adjetivam-na de ineficiente, corrupta ou tendenciosa.

Seis órgãos principais compõem as Nações Unidas: a Assembleia Geral (assembleia deliberativa principal); o Conselho de Segurança (para decidir determinadas resoluções de paz e segurança); o Conselho Econômico e Social (para auxiliar na promoção da cooperação econômica e social internacional e desenvolvimento); o Conselho de Direitos Humanos (para promover e fiscalizar a proteção dos direitos humanos e propor tratados internacionais sobre esse tema); o Secretariado (para fornecimento de estudos, informações e facilidades necessárias para a ONU) e o Tribunal Internacional de Justiça (o órgão judicial principal). Além desses, há órgãos complementares de todas as outras agências do Sistema das Nações Unidas, como a Organização Mundial de Saúde (OMS), o Programa Alimentar Mundial (PAM) e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF). O cargo mais alto ocupado na ONU é o de secretário-geral, ocupado por António Guterres desde 2017.

1. Dos Direitos sociais aos direitos difusos na ONU

A primeira geração refere-se aos direitos civis e políticos, tendo como princípio a liberdade (século XVIII). A segunda alude os direitos sociais e econômicos, baseado na igualdade (século XIX

e XX). Ao passo que a terceira, os direitos transindividuais, calcada no princípio da solidariedade (século XX e XXI), considerando o mais importante deles, o reivindicado pelos movimentos ecológicos, e a quarta geração é referente aos efeitos da pesquisa biológica, a qual permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo (BOBBIO, 2004, pp. 5-6). Já Bedin (2000, p. 42), acompanha a classificação proposta por T.H. Marshall (1967): direitos civis ou de primeira geração, direitos políticos ou de segunda geração, direitos econômicos ou sociais ou direitos de terceira geração e direitos de solidariedade ou de quarta geração.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) foi adotado pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1966 e em vigor desde 3 de janeiro de 1976, juntamente com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, com o objetivo de conferir obrigatoriedade aos compromissos estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Desta forma, passou a haver responsabilidade internacional dos Estados signatários em caso de violação dos direitos consagrados pelo Pacto. A situação desses direitos deve ser acompanhada pelos Estados-partes, mediante elaboração de relatórios periódicos, avaliando o grau de sua implementação, e as dificuldades para fazê-lo, enquanto a supervisão do Pacto cabe ao Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. Organizações da sociedade civil podem oferecer ao Comitê seus próprios relatórios, chamados relatórios paralelos ou contra relatórios que são acolhidos como subsídio.

O PIDESC é um tratado multilateral adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas. O acordo é monitorado pelo Comitê da ONU sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais consagra muitos dos direitos fundamentais da pessoa humana, reafirmando a Declaração Universal. Os direitos econômicos, sociais e culturais incluem os direitos à alimentação adequada, à moradia adequada, à educação, à saúde, à segurança social, à participação na vida cultural, à água, ao saneamento e ao trabalho.

Ao mesmo tempo em que o mencionado documento era lançado, adotava-se também o seu "irmão", o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ambos reconhecidos a 16 de dezembro de 1966 pelo mesmo instrumento, a Resolução n. 2.200-A da Assembleia Geral das Nações Unidas. Os dois Pactos entraram em vigor quase ao mesmo tempo, isto é, três meses após o depósito do trigésimo quinto instrumento de adesão ou ratificação junto ao Secretário Geral da ONU, o que aconteceu em 3 de janeiro de 1976 para o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e 23 de março do mesmo ano para o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

O Pacto está organizado em cinco partes, que tratam respectivamente I - da autodeterminação dos povos e à livre disposição de seus recursos naturais e riquezas; II - do compromisso dos estados de implementar os direitos previstos; III - dos direitos propriamente ditos; IV - do mecanismo de supervisão por meio da apresentação de relatórios ao ECOSOC e V - das normas referentes à sua ratificação e entrada em vigor.

Por outro lado, a diferença fundamental entre os Pactos é justamente aquela que originou a edição de dois documentos distintos, estampada nos respectivos artigos 2º: Enquanto o do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos cria a obrigação estatal de "tomar as providências

necessárias", inclusive de natureza legislativa, para "garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto", o tratado referente aos direitos econômicos, sociais e culturais, também no artigo 2º, prevê a adoção de medidas, tanto por esforço próprio como pela cooperação e assistência internacionais, "que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto".

Os direitos difusos são um prolongamento dos direitos humanos, constituem uma nova geração desses direitos, possuem a mesma natureza ontológica, contemplam a pessoa humana além da sua esfera pessoal. Os direitos difusos são aqueles cujos titulares são indeterminados e indetermináveis, ou seja, são direitos em relação aos quais os seus titulares não tem poder de disposição sobre eles. Os direitos difusos caracterizam-se pela transindividualidade, indivisibilidade, indisponibilidade, indeterminabilidade dos titulares e ligação por circunstâncias de fato anteriores à lesão.

Os direitos difusos são aqueles que possuem o mais elevado grau de transindividualidade e, em face disso, não há como determinar todos os sujeitos titulares, o que, por outro lado, dá sustentação à indivisibilidade do objeto e a sua reparabilidade indireta.

1.1.1 No Brasil

A Constituição Brasileira de 1934 elevou os direitos e garantias trabalhistas como norma constitucional, instituindo normas de proteção social do trabalhador (artigo 121, caput), foi a primeira a inscrever um título sobre a ordem econômica e social, sob forte influência da Constituição de Weimar. Desde então, todas as constituições brasileiras trataram dos direitos sociais.

O sistema de proteção social desenvolvido no regime militar foi eficiente para estimular o crescimento econômico, mas não teve eficácia na inclusão (já que os programas universais eram restritos e ineficientes) e tampouco na seleção (pois não houve focalização nos segmentos mais necessitados da população) (DRAIBE, 2003). Com o aumento das críticas ao regime militar, ampliou-se "o consenso em torno da tese da descentralização", principalmente com a piora da "questão social" gerada pelos ajustes econômicos (FAGNANI, 1997, p. 215).

Os direitos difusos são aqueles cujos titulares são indeterminados e indetermináveis. Isso não significa que ninguém sofra ameaça ou violação de direitos difusos, mas que os direitos difusos são direitos que merecem especial proteção, pois não atingem a alguém em particular e, simultaneamente, a todos.

A categoria de direito difuso surgiu no mundo após a década de 1970. Historicamente a tutela coletiva veio à lume pela dicção da Lei 7.347/1985, Lei da Ação Civil Pública. Posteriormente, a previsão se fez presente na Constituição de República de 1988 e no Código de Defesa do Consumidor, Lei 7.078/90.

No Brasil, em 1977, José Carlos Barbosa Moreira foi o pioneiro a tratar do tema com a obra “A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos”, fruto de seus estudos em Florença.

No caso brasileiro, recentes diplomas legislativos incrementaram a proteção dos interesses difusos e coletivos, disciplinando a atuação dos indivíduos aos interesses que abrangem toda a sociedade, ao mesmo tempo em que se instituiu a responsabilidade pena da pessoa jurídica.

1.1.2. Na Espanha

Os direitos difusos tornaram-se marcas da sociedade atual na busca pela garantia de uma vida humana digna. Protegê-los passou a ser uma necessidade urgente, principalmente diante da facilidade de se ter tais direitos violados pelo poder do Estado ou mesmo pela sociedade de consumo ancorada na hegemonia das grandes empresas.

Na Espanha diferente do Brasil cabe a defensoria pública a tutela dos direitos difusos. O direito do consumidor está previsto também na constituição. Já no artigo 1º temos a previsão de tutela do consumidor. No artigo 51 existe a previsão da obrigatoriedade de o Poder Público garantir a defesa do consumidor, sua segurança, saúde e legítimo interesse econômico. Diferente do Brasil não há demanda de indenização por direitos individuais homogêneos, nos moldes da class action for damages americana. Não existe ação coletiva com pedido de indenização nem mesmo para direitos difusos.

A Constituição Espanhola, no artigo 125, prevê a possibilidade de ação popular. A demanda popular pode ser utilizada, inclusive, para impugnar decisões administrativas que importem em prejuízo ao meio ambiente (ESPANHA, Constituição Espanhola, 27 de dezembro de 1978).

CONCLUSÃO

Os direitos sociais demarcam uma importante mudança na evolução da cidadania moderna. Sua função é garantir certas prerrogativas relacionadas com condições mínimas de bem-estar social e econômico que possibilitem aos cidadãos usufruir plenamente do exercício dos direitos civis e políticos.

Os direitos difusos se tornaram uma solução eficiente para resolver conflitos coletivos de ordem econômica, social ou cultural. Os direitos difusos se preocupam com questões da coletividade, como as ligadas ao meio ambiente, patrimônio público e direitos do consumidor.

A finalidade da ONU é manter a paz e a segurança internacional, bem como desenvolver a cooperação entre os povos. Busca solucionar os problemas sociais, humanitários, culturais e econômicos, promovendo o respeito às liberdades fundamentais e aos direitos humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEDIN, Gilmar Antônio. **Os Direitos do Homem e o Neoliberalismo**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 21 mai. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 mai. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 591 de 6 de julho de 1992**. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 21 mai. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 592 de 6 de julho de 1992**. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 21 mai. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 19.841 de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 21 mai. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 7.030 de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 21 mai. 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 21 mai. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 21 mai. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.078%2C%20DE%2011%20DE%20SETEMBRO%20DE%201990.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a

%20prote%C3%A7%C3%A3o%20do%20consumidor%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias.&text=Art.&text=Equipara%2Dse%20a%20consumidor%20a,intervindo%20nas%20rela%C3%A7%C3%B5es%20de%20consumo. Acesso em: 21 mai. 2021.

DRAIBE, Sônia Miriam. **A política social no período FHC e o sistema de proteção social**. Tempo Social, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 63 -102, nov. 2003.

ESPANHA. **Constituição Espanhola, 27 de dezembro de 1978**. Madri, 1978. Disponível em: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>. Acesso em: 21 mai. 2021.

FAGNANI, Eduardo. **Política social e pactos conservadores no Brasil: 1964/92**. Economia e Sociedade, Campinas, p. 183 – 238, jun. 1997.

ONU. Brasil. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 21 mai. 2021.

DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA COMO MEIO DE CONCREÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. POR QUE REGULARIZAR?

MURILO HAKIME PIMENTA: Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Franca-SP. Especialista em Direito Imobiliário pelo Centro Universitário UniAnchieta – Jundiaí-SP. Especialista em Direito Notarial e Registral Imobiliário pela Escola Paulista de Direito – São Paulo-SP. Mestre em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Substituto do 2º Oficial Registro de Imóveis de Campinas-SP.

RESUMO: O instituto da regularização fundiária atualmente é dotado de substancial produção legislativa no Brasil; entretanto, ainda não há concretização real de políticas públicas no que tange à regularização fundiária, pois ainda impera uma total falta de interesse do Poder Público quanto a real implementação de políticas públicas para a implantação ou melhoria do mínimo de elementos de infraestrutura que há de se ter num parcelamento. O presente artigo tem o condão de demonstrar a importância, já explicitada claramente na Magna Carta Constitucional, da digna moradia e que infelizmente ainda é esquecida por vários aspectos da sociedade. Demonstrar-se-á o que é tecnicamente o instituto da regularização fundiária, suas modalidades (social e específica), bem como a necessidade inerente de conjugação de propriedade e função social, pilares da razão jurídica da própria regularização fundiária. Na regularização fundiária, não há meio termo: ou se tutela com segurança jurídica e efetivas políticas públicas os parcelamentos irregulares e a sua população - que na maioria das vezes é hipossuficiente -, ou deixa-se literalmente à margem da sociedade este problema impregnado na triste realidade social brasileira.

Palavras-chave: regularização fundiária. função social. finalidade. moradia. bem comum.

SUMÁRIO: Resumo - Introdução – 1. Modalidades de regularização: 1.1. Regularização fundiária urbana de interesse social (Reurb-S) 1.2 Regularização fundiária urbana de interesse específico (Reurb-E) 1.3 Regularização fundiária e função social da propriedade urbana 2. A finalidade da regularização fundiária 3. Conclusão. Bibliografia

SUMMARY: The institute of land regularization is currently endowed with substantial legislative production in Brazil; however, there is still no real implementation of public

policies with regard to land regularization, as there is still a total lack of interest from the Public Power as to the actual implementation of public policies for the implementation or improvement of the minimum elements of infrastructure that must be implemented. have in installments. This article is able to demonstrate the importance, already clearly explained in the Magna Carta Constitucional, of dignified housing and which, unfortunately, is still overlooked by various aspects of society. It will be demonstrated what the institute of land regularization is technically, its modalities (social and specific), as well as the inherent need for the combination of property and social function, pillars of the legal reason for land ownership itself. In land tenure regularization, there is no middle ground: either the irregular installments and their population - which for the most part is hypo-sufficient - are protected with legal certainty and effective public policies, or this problem, impregnated in the sadness, is literally left on the margins of society. Brazilian social reality.

Keywords: land regularization. social role. goal. home. very common

INTRODUÇÃO

Com a edição da Lei 11.977, de 7 de julho de 2009, firmou-se um novo marco legal da regularização fundiária no Brasil, haja vista o estabelecimento de novos instrumentos à regularização fundiária urbana, privilegiando e concretizando o direito constitucional à moradia.

De acordo com o art. 46 da então Lei 11.977/2009, considera-se regularização fundiária

conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Atualmente a legislação de regência da regularização fundiária funda-se na Lei 13.465/2017.

A regularização fundiária envolve diversos aspectos para que seja implementada. Temos entre tais aspectos, o aspecto urbanístico, com a finalidade precípua de implantar a infraestrutura mínima necessária para o desenvolvimento saudável da vida humana *in loco*; temos também a incidência do aspecto ambiental, voltado às ações preventivas e

inclusive compensatórias referentes ao meio ambiente; e por fim o aspecto de titulação dominial aos ocupantes.¹²⁰

É perfeitamente defensável que houve uma mudança de tratativa do procedimento da regularização imobiliária, em especial no tocante ao procedimento extrajudicial do registro da regularização perante o Registro de Imóveis¹²¹. A título de exemplificação, a regularização fundiária hoje não mais é voltada apenas para o aspecto da titulação dominial dos ocupantes, haja vista que os aspectos ambientais e urbanísticos são ínsitos à aprovação municipal do projeto de regularização fundiária.¹²²

É inegável que as ocupações irregulares são uma afronta direta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, e que, nos termos do art. 6º da Constituição Federal, apresenta o direito à moradia como um direito fundamental.

Nesse sentido, há substancial criação legislativa voltada à tentativa de solução e criação de artifícios legais para sanar tal problema social, e, nesse momento, a figura da regularização fundiária surge como um dos remédios jurídicos que visam ao combate às ocupações irregulares e moradias indignas.

120 Pelo conceito de Vicente de Abreu Amadei, "regularização fundiária é categoria jurídica (i) diretiva, enquanto fim e direção da política de reengenharia rural e urbana, ou de saneamento dos males do campo e da cidade (v.g. art. 2º, XIV, EC); (ii) matriz, enquanto gênero de várias formas de regularizar, abarcando a multiplicidade dos aspectos de irregularidades prediais (da falta de titulação às graves desordens habitacionais, passando por deficiências de empreendimentos, de edificação, de parcelamento do solo, de uso e ocupação etc.); e (iii) procedimental, na medida em que abrange várias etapas, instrumentos e atos voltados à regularização singularmente considerada". AMADEI, Vicente de Abreu; PEDROSO, Alberto Gentil de Almeida; MONTEIRO FILHO, Ralpo Waldo de Barros. *Primeiras impressões sobre a Lei n. 13.465/2017*. São Paulo: Arisp, 2017. p. 12.

121 Essa mudança de paradigma foi sendo objeto de construção ao longo do tempo, e é muito pertinente a consideração de Thomas Kuhn a respeito, ao elucidar que "As revoluções políticas iniciam-se com um sentimento crescente, com frequência restrito a um segmento da comunidade política, de que as instituições existentes deixaram de responder adequadamente aos problemas postos por um meio de ajudarem em parte a criar. De forma muito semelhante, as revoluções científicas iniciam-se com um sentimento crescente, também seguidamente restrito a uma pequena subdivisão da comunidade científica, de que o paradigma existente deixou de funcionar adequadamente na exploração de um aspecto da natureza, cuja exploração de um aspecto fora anteriormente dirigida pelo paradigma". KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2017. p. 178.

122 Veja-se o disposto no art. 9º da Lei n. 13.465/2017: "Ficam instituídas no território nacional normas gerais e procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana (Reurb), a qual abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes" (grifo nosso).

Entre os objetivos da regularização fundiária, a Lei 13.465/2017 estabelece a garantia da efetivação da função social da propriedade.¹²³

1. Modalidades de regularização

A Lei 13.465/2017 estabelece duas modalidades de regularização fundiária urbana; a primeira, intitulada regularização fundiária urbana de interesse específico, e a segunda, a regularização fundiária com escopo de interesse social.

A regularização fundiária de interesse social aplica-se aos núcleos urbanos informais, núcleos esses ocupados predominantemente por população de baixa renda, com declaração por ato do Poder Executivo Municipal.

A anterior Lei 11.977/2009 não indicava essa diferenciação. Cumpridos os requisitos de tempo mínimo de posse mansa e pacífica (estipulado em cinco anos), bem como a localização do assentamento em Zona de Especial Interesse Social (Zeis) ou até mesmo em áreas públicas declaradas de interesse para a consecução e implantação de projetos de regularização fundiária, considerava-se tais requisitos para enquadrar o procedimento de regularização fundiária na modalidade social.

Atualmente, entre as variadas classificações da regularização fundiária, as principais traduzem-se na regularização fundiária urbana de interesse social (Reurb-S), bem como na possibilidade de regularização fundiária de interesse específico (Reurb-E), e, com fulcro nessa segunda classificação, distingue-se a regularização fundiária de área pública da regularização fundiária de área particular.¹²⁴

1.1 Regularização fundiária urbana de interesse social (Reurb-S)

A modalidade de regularização fundiária urbana (Reurb) apontada no Título II da Lei 13.465/2017 é densa. Entre os instrumentos voltados à regularização fundiária,

123 "(...) o legislador complementar deve se submeter aos desígnios do princípio da função social, assim como o aplicador do direito, que não pode realizar leitura jurídica válida, desprezando a sua carga axiológica, que confere prioridade ao coletivo quando em antagonismo com o individual". SALLES, Venício Antonio de Paula. Função social da propriedade. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (coord.). *Direito imobiliário brasileiro: novas fronteiras na legalidade constitucional*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 180.

124 "Essas duas classificações são as principais, porque nelas também varia o regime jurídico ao qual cada espécie se submete: assim como o regime jurídico do imóvel rural é distinto do regime jurídico do imóvel urbano, a regularização fundiária aplicada a este ou aquele imóvel encerra igual distinção de regime jurídico; assim como o regime jurídico do bem público é diverso do regime jurídico do bem particular, a regularização aplicada a cada uma dessas categorias de bens apresenta, também, por congruência lógica, distintos regimes jurídicos". AMADEI, Vicente de Abreu; PEDROSO, Alberto Gentil de Almeida; MONTEIRO FILHO, Ralpo Waldo de Barros. *Primeiras impressões sobre a Lei n. 13.465/2017*. São Paulo: Arisp, 2017. p. 13.

encontramos a legitimação fundiária, a arrecadação de imóvel abandonado, o direito real de laje, bem como a figura do condomínio de lotes.

A regularização fundiária na modalidade de interesse social (Reurb-S) traduz-se na regularização fundiária que é aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de baixa renda, assim declarados em ato do Poder Executivo Municipal (art. 13, I, da Lei 13.465/2017).¹²⁵

Pela anterior Lei 11.977/2009, os critérios específicos para o enquadramento como regularização fundiária de interesse social clausurados (v.g., art. 47, VII, que estabelecia como requisitos que a área estivesse ocupada, de forma mansa e pacífica, há pelo menos cinco anos; que o imóvel estivesse situado em Zona de Especial Interesse Social - Zeis) deram margem atual para o critério suficiente de ocupação predominantemente ocupada por população de baixa renda, conjugado com o requisito formal da declaração em ato específico do Poder Executivo Municipal.

1.2 Regularização fundiária urbana de interesse específico (Reurb-E)

A regularização que não se qualifica como regularização fundiária de interesse social, aplica-se o procedimento atinente à regularização fundiária de interesse específico, tal como disciplina o art. 13, II, da Lei 13.465/2017.

A diferenciação entre Reurb-S e Reurb-E finda-se no que tange à mitigação de diversas exigências que incidem apenas no que concerne à Reurb-S. O suporte fático de condão econômico-social é preponderante para a delimitação da modalidade Reurb-S. Nesse sentido, a Reurb-E atinge precipuamente núcleos urbanos informais em geral, e para o procedimento de tal modalidade de regularização não há as mitigações de exigências e facilidades ínsitas à Reurb-S.

De todo modo, a Lei 13.465/2017 abrandou o implemento de tal regularização. Essa nova legislação ampliou o arcabouço da regularização fundiária em geral, ou seja, tanto no que diz respeito ao gênero Reurb quanto às espécies Reurb-E e Reurb-S.

¹²⁵ "É o critério econômico-social (assentamento ocupado, predominantemente, por população de baixa renda), o norte maior que qualifica o núcleo urbano informal como apto à Reurb-S. Então, satisfeito esse pressuposto de fundo, ao qual se deve agregar o formal reconhecimento pela Administração Pública municipal, fica aberto o campo para o referido modo peculiar de regularização fundiária, a Reurb-S, com flexibilização de exigências, redução de custos, aplicação específica de instrumentos de regularização, enfim, diversos benefícios urbanísticos, ambientais, administrativos, registrários, econômicos e instrumentais". AMADEI, Vicente de Abreu; PEDROSO, Alberto Gentil de Almeida; MONTEIRO FILHO, Ralpo Waldo de Barros. *Primeiras impressões sobre a Lei n. 13.465/2017*. São Paulo: Arisp, 2017. p. 16.

1.3 Regularização fundiária e função social da propriedade urbana

A função social da propriedade, incidente em contrapartida do direito individual e absoluto da propriedade, diariamente e ao longo do tempo é objeto de moldagem, sempre com o intuito de identificação da importância preponderante do interesse coletivo em detrimento das necessidades inerentes aos atuais aglomerados urbanos.¹²⁶

O direito real de propriedade, fruto do retrato de valores e práticas sociais, percorreu o modelo individualista para chegar até o modelo coletivo, buscando o sentido natural como consequência do próprio sentido social. As Constituições dos anos de 1824, 1891 e 1937 de certo modo consagraram o direito de propriedade em sua plenitude de interesse social ou coletivo.¹²⁷

Com a Constituição de 1946, a visão de busca pelo itinerário social do direito real de propriedade foi retomada, vinculando o exercício de tal direito ao bem-estar social (art. 141, § 16, e art. 147).¹²⁸

A atual Carta Magna, além de seu consagrado e notório art. 5º, indica a existência da função social da propriedade em capítulo próprio, quando trata do sistema tributário, com a autorização da discricionariedade tributária quando do descumprimento dos padrões da função social; no capítulo referente à ordem econômica financeira; e mais ainda com a previsão do disposto nos arts. 182 a 191 – tratativa e previsão da política urbana e rural amparadas pela dignidade da pessoa humana.

126 Teori Zavascki colaciona que a função social não deve se restringir tão somente ao direito real de propriedade, e por critério axiológico, deve incidir principalmente na tutela da posse, haja vista que mesmo sem expressa previsão constitucional, igual tratamento deve ser conferido à posse, como pressuposto da concretização do direito de propriedade. ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no novo Código Civil. *Direito e Democracia*, Canoas, v. 5, p. 11, jan./jun. 2004.

127 “A Constituição de 1934, em seu art. 113, n. 17, consagrou o direito de propriedade, vinculando-o ao cumprimento do interesse social ou coletivo, mas deixou de delimitar ou esclarecer as bases e sentido imprimido ao interesse social. A efêmera Constituição não possibilitou a edição de legislação infraconstitucional que viesse a preencher o sentido da lei maior”. SALLES, Venício. Função social da propriedade. In: NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (coord.). *Regularização fundiária*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 75.

128 “Em que pesem as tentativas anteriores, a efetiva construção das bases maiores da função social da propriedade ocorreu apenas com a edição da Constituição Cidadã de 1988, que, impulsionada pelo espírito de redemocratização, conferiu relevo à necessidade da organização dos centros urbanos. A função social da propriedade, reconhecida em primeiro lugar no capítulo dos direitos fundamentais que disciplina os direitos e garantias individuais e coletivas, foi concebida com grande força e contundência”. SALLES, Venício. Função social da propriedade. In: NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (coord.). *Regularização fundiária*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 76.

A Constituição Federal claramente tutela a propriedade quando há o cumprimento de sua função social, e, entre tais atributivos da função social, é necessário que a propriedade retribua produtivamente e desenvolva-se harmonicamente perante a coletividade (cf. arts. 5º, XXIII, e 170, III, da CF); a *contrario sensu*, a expropriação em favor do poder público poderá ser colocada em discussão.¹²⁹

A função social da propriedade deve ser considerada princípio constitucional (v.g., o disposto nos arts. 5º, XXIII, e 170) e, ainda mais, ser invocada com o condão de orientação de formação de legislação complementar, objetivando integrar as diretrizes de política pública.

Com a constitucionalização do direito real de propriedade, o Código Civil também limita o uso e exercício da propriedade; entretanto, não busca perder o sentido desta, ao passo que a regra a ser ponderada é o próprio exercício pleno da propriedade privada.

O fundamento da regularização fundiária se dá pela própria existência do direito real à propriedade; por conseguinte, a existência da função social ínsita ao direito real de propriedade traduz-se como um mecanismo de determinação da correta utilização da propriedade. Nesse sentido, traduz-se ainda que a função social justifica a aplicação do instituto da regularização fundiária nas suas mais variadas peculiaridades.¹³⁰

129 Encontramos diversas disposições constitucionais a respeito da possibilidade de expropriação: “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. [...] § 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: [...] III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. 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. [...] Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade”.

130 O próprio Estatuto da Cidade, em seu art. 2º, XIV, expõe que a regularização fundiária é paradigma que visa ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana.

Pela Constituição Federal de 1967, em seu art. 157, III, encontramos a primeira inclusão normativa da função social ligada ao conceito de propriedade.¹³¹

José Afonso da Silva, citando Fiorella D'Angelo, explicita que:

[...] assim é que a função social mesma acaba por posicionar-se como elemento qualificante da situação jurídica considerada, manifestando-se, conforme as hipóteses, seja como ausência de atribuição de determinadas faculdades, seja como condição de exercício de faculdades atribuídas, seja como obrigação de exercitar determinadas faculdades de acordo com modalidades preestabelecidas¹³².

O conceito delimitador da função social da propriedade urbana não é claramente extraído do ordenamento jurídico. A *contrario sensu* do disposto no art. 186 da Constituição Federal, que delimita o alcance dos aspectos materiais da função social da propriedade rural ligada a toda a extensão do território nacional¹³³, a delimitação da função social dos imóveis urbanos é elencada no sentido de a propriedade urbana cumprir sua função social quando atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, tal como aduz o art. 182, § 2º, da Constituição Federal.

A Constituição Federal estipula que o solo "não edificado, subutilizado ou não utilizado" não cumpre a função social. Fernando Almeida apresenta que tais termos são aspectos de direito urbanístico, e o solo "não edificado" é aquele que não é ocupado por nenhum tipo de edificação, ao passo que o termo "subutilizado" traduz-se no solo com edificação que seja abaixo do coeficiente de aproveitamento mínimo, coeficiente esse definido especificadamente para a região onde se encontra o terreno. Finaliza indicando que o termo "não utilizado" corresponde ao coeficiente de aproveitamento igual a zero, o

131 Antes da Constituição Federal de 1967, não havia expressamente disposição normativa atinente que visasse à propriedade dentro de um contexto social. Nesse prisma, o uso da propriedade era condicionado ao bem-estar social, tal como previa o art. 147 da Constituição Federal de 1946, e era vedado o exercício do direito à propriedade de forma contrária ao interesse social, tal como estabelecia o art. 113, 17, da Constituição Federal de 1934.

132 SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 96.

133 "Art. 186 [CF]. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores".

que nos leva a entender que os termos “não edificado” e “não utilizado” não apresentam diferenças em seus aspectos práticos.¹³⁴

O direito subjetivo público deve ser representado como um direito que autoriza determinado sujeito à prática de interesses que possam afetar a coletividade. Na medida em que a propriedade urbana não cumpre a sua função social inerente, e ao mesmo tempo quando o poder público não dá efetividade e implementação necessários, é evidenciada a existência de um direito público subjetivo. José Afonso da Silva elucida essa questão, ao expor que:

Já verificamos que normas programáticas condicionam a atividade discricionária da Administração, bem como a atividade jurisdicional. Essas atividades não podem desenvolver-se contra os fins e objetivos postos pelas normas constitucionais programáticas. Se isso ocorrer, manifesta-se um comportamento inconstitucional e o ato que dali deflui fica sujeito ao controle de constitucionalidade. [...] O princípio da função social da propriedade, por exemplo, pode ser invocado contra o abuso desse direito, em certas circunstâncias, em prol de inquilinos contra o senhorio, e especialmente impor atuações positivas ou abstenções ao proprietário, no interesse da coletividade.¹³⁵

O Superior Tribunal de Justiça reconheceu a possibilidade da existência de um direito público subjetivo no que se refere à regularização fundiária, em especial à regularização fundiária de interesse social.¹³⁶

134 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Dos instrumentos da política urbana. Dos instrumentos em geral. Do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios. Do IPTU progressivo no tempo. Da desapropriação com pagamento em títulos. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MEDAUAR, Odete (coord.). *Estatuto da Cidade – Lei n. 10.527, de 10.07.2001*: comentários. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 61.

135 SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 172-174.

136 “RECURSO ESPECIAL. DIREITO URBANÍSTICO. LOTEAMENTO IRREGULAR. MUNICÍPIO. PODER-DEVER DE REGULARIZAÇÃO. 1. O art. 40 da Lei 6.766/79 deve ser aplicado e interpretado à luz da Constituição Federal e da Carta Estadual. 2. *A Municipalidade tem o dever e não a faculdade de regularizar o uso, no parcelamento e na ocupação do solo, para assegurar o respeito aos padrões urbanísticos e o bem-estar da população*. 3. As administrações municipais possuem mecanismos de autotutela, podendo obstar a implantação imoderada de loteamentos clandestinos e irregulares, sem necessitarem recorrer a ordens judiciais para coibir os abusos decorrentes da especulação imobiliária por todo o País, encerrando uma verdadeira *contraditio in terminis* a Municipalidade opor-se a regularizar situações de fato já consolidadas. (...) 5. *O Município tem o poder-dever de agir para que o*

Nesse prisma, imperioso apontar que, via de regra, o poder público deve utilizar sua discricionariedade legal a fim de conferir aos imóveis públicos o cumprimento de sua função social, bem como deve figurar como zelador do uso dos imóveis públicos pelos particulares; a omissão do poder público quanto a tal questão pode ensejar a criação de direito subjetivo público extensivo a todos aqueles que integram o espaço público urbano.

Pietro Perlingieri explicita que o ato de disposição imobiliária do titular proprietário não deve limitar-se à constituição de direitos reais, *v.g.*, o usufruto, a servidão; o poder de disposição deve necessariamente incluir a autonomia do titular para que possa criar situações subjetivas favoráveis a terceiros.¹³⁷

Perlingieri ainda apresenta que a função social é também necessária quando há falta de sua referência nas disposições patrimoniais, haja vista que a função social, caracterizada como princípio legitimador das normas, possui conteúdo de interpretação ativa de princípio, e a ausência de atuação da função social mitiga o reconhecimento de juridicidade do direito real de propriedade.¹³⁸

Questão que merece igual destaque e fundamento quando se fala em função social é a inerente necessidade de a regularização fundiária objetivar inclusive a plena efetivação do direito humano à moradia adequada.¹³⁹

loteamento urbano irregular passe a atender o regulamento específico para a sua constituição. 6. Se ao Município é imposta, *ex lege*, a obrigação de fazer, procede a pretensão deduzida na ação civil pública, cujo escopo é exatamente a imputação do *facere*, às expensas do violador da norma urbanístico-ambiental. 7. Recurso especial provido" (grifo nosso). STJ, 1ª T., REsp 448.216/SP, 2002/0084523-8, Rel. Min. Luiz Fux, j. 14.10.2003, DJ 17.11.2003, p. 204.

137 "O poder de disposição, visto no sentido de escolha da destinação a ser dada ao bem, adquire uma relevância especial, principalmente pela sua atualidade, enquanto constitui a confluência entre o problema das situações estaticamente consideradas e a iniciativa econômica: o proprietário que se põe o problema da escolha da destinação a ser dada a um bem não é somente proprietário, mas é, o mais das vezes, também empresário". PERLINGIERI, Pietro. *Situações subjetivas patrimoniais – perfis de direito civil*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 223.

138 "... a função social assume uma valência de princípio geral. A autonomia não é livre arbítrio; os atos e as atividades não somente não podem perseguir fins antissociais ou não sociais, mas, para terem reconhecimento jurídico, devem ser avaliáveis como conforme à razão pela qual o direito de propriedade foi garantido e reconhecido". PERLINGIERI, Pietro. *Situações subjetivas patrimoniais – perfis de direito civil*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 228.

139 A moradia digna é insitamente ligada à função social da propriedade imobiliária. Tomás de Aquino apresenta o essencial a respeito da propriedade privada e a sua função social, no *respondeo*: "Relativamente às cousas exteriores tem o homem dois poderes. Um é o de administrá-las e distribuí-las. E quanto a esse, é-lhe lícito possuir cousas como próprias. O que é mesmo necessário à vida humana por três razões: – a primeira é que cada um é mais solícito em administrar o que a si só lhe pertence, do que o comum a todos ou a muitos. Porque, neste caso, cada qual, fugindo do trabalho, abandona a outrem o pertencente ao bem

Tal pressuposto é corroborado com o apontamento de Sérgio Nunes, ao dispor que:

Também, o direito à moradia pode ser mencionado como elemento tipificado da integridade moral do indivíduo. Isto porque não há como conceber o direito ao segredo pessoal, doméstico e profissional, direito à identidade pessoal, familiar e social, se não for concebido, primeiramente ou paralelamente, o direito à moradia. Este é o pressuposto, em verdade, daqueles, para o seu exercício de forma plena. Além disso, o cunho psíquico referente ao direito à moradia também poderá envolver o reflexo deste direito. Não há uma moradia adequada e condigna, se ela não é exercida de forma tranquila e saudável, sem interferências do alheio que, por vezes, poderá atingir o direito ao segredo doméstico ou à intimidade.¹⁴⁰

Por meio da Emenda Constitucional n. 26, o direito à digna moradia figurou como um direito social constitucional.

Sérgio Ferraz elenca que a sistemática da interpretação dos mandamentos constitucionais da dignidade da pessoa humana, da erradicação da pobreza, da redução das desigualdades sociais, do direito à saúde e à segurança permite reconhecer que o direito à moradia já seria elemento constitucional social.¹⁴¹

Ainda há enorme dificuldade em dar efetividade a esse direito social tão importante. A razão desse direito, por ainda possuir conteúdo incerto, possibilita margem a uma série de discussões que dependem da interpretação aferida de sua aplicabilidade. Nesse sentido, a Organização das Nações Unidas (ONU), em seu Comentário Geral n. 4142, por intermédio de seu Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, propõe a criação de uma

comum. Segundo, porque as cousas humanas são melhor tratadas, se cada um emprega os seus cuidados em administrar uma coisa determinada; pois se, ao contrário, cada qual administrasse indeterminadamente qualquer coisa, haveria confusão. Terceiro, porque, assim, cada um estando contente com o seu, melhor se conserva a paz entre os homens. O outro poder que tem o homem sobre as cousas exteriores é o uso delas. E quanto a este, o homem não deve ter as cousas exteriores como próprias, mas como comuns, de modo que cada um as comunique facilmente aos outros, quando delas tiverem necessidade". *AQUINO, Tomás de. Suma teológica*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001. v. I. parte II. IIa, IIae, q.66, art. 2, resp.

140 SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. A distinção entre o direito à moradia e o direito de habitação. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 13, p. 224-260, jan./jun. 2004.

141 FERRAZ, Sérgio. Usucapião especial. In: DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). *Estatuto da Cidade: comentários à Lei federal n. 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 144.

142 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Comentário Geral n. 4. Sexta Sessão, 1991.

definição, elencando sete componentes que denotam garantia eficaz ao direito à moradia; entre eles, a posse com tutela de segurança jurídica, a habitabilidade, a disponibilidade de serviços e infraestrutura, o custo acessível da moradia, a acessibilidade, a localização, bem como a necessária adequação cultural.

2. A finalidade da regularização fundiária

É nevrálgico o questionamento da finalidade do direito à regularização fundiária e, nesse sentido, mister inclusive o questionamento a respeito da finalidade do próprio direito.

Ihering elucida que há um positivismo imbricado no Direito que o torna inimigo mortal da própria Ciência do Direito, levando o Direito a um processo mecanizado e que somente é possível de aplicação com uma grande quantidade de pressupostos jurídicos fora da realidade social.¹⁴³

O sentido teórico do Direito comumente o leva a uma irracionalidade da realidade social, deixando de captar as realidades e necessidades sociais, distanciando-se de uma aplicação inclusive mais próxima da realidade social. O Direito que o legislador criou a respeito do instituto da regularização fundiária em tese partiu da necessidade do próprio povo, e é função do legislador tomar como parâmetro as necessidades do povo. Não é possível o afastamento de circunstâncias históricas para expressar o sentimento de necessidade que a regularização fundiária apresenta à sociedade, principalmente àquela parcela mais vulnerável econômica e socialmente.¹⁴⁴ A concreção do direito fundamental à digna moradia deve prevalecer quando da confecção legislativa (e por sinal, primeiramente no debate jurídico que em tese deveria haver para a produção legislativa) o que é notória a sua quase ausência ou mesmo inexistência no processo legislativo brasileiro.

A história da regularização fundiária está ligada à própria história de subdesenvolvimento da população brasileira. A população que ocupa os parcelamentos irregulares, geralmente hipossuficiente ou discriminada socialmente, nunca é o objetivo da

¹⁴³ "Este positivismo é o inimigo mortal da Ciência do Direito; pois a degrada em trabalho manual; e, depois, trava uma luta de vida ou morte com ela". Ihering, Rudolf Van; tradução Hiltomar Martins Oliveira. *É o direito uma ciência?* 1 ed. São Paulo: Rideel, 2005, p.57

¹⁴⁴ "O Direito não é, em um primeiro momento, criado pelo legislador, mas que nasce e vive do povo, e o mister do legislador consiste em expressá-lo e modificá-lo na medida da opinião evolutiva do povo." Ihering, Rudolf Van; tradução Hiltomar Martins Oliveira. *É o direito uma ciência?* 1 ed. São Paulo: Rideel, 2005, p.141

finalidade da criação do legislador.¹⁴⁵ A vocação da legislação atinente à regularização fundiária e inclusive da própria Ciência em regra deveriam consistir em tutelar urbanisticamente e socialmente os ocupantes que vivem no próprio parcelamento irregular, e inclusive tutelar o mínimo de seus direitos e garantias fundamentais.

Thomas Kuhn, já apontado anteriormente no início deste artigo, defende que é necessário a quebra do paradigma (regras aceitas e previamente acordadas em uma comunidade científica) para que a novidade científica – geralmente tomada por certa resistência –, rompa a dificuldade e forneça uma melhor expectativa para a comunidade jurídica.¹⁴⁶

O *paradigma* referente à regularização fundiária se funda na própria discriminação que há quando se fala em regularizar um loteamento irregular. A alegação de que a área ocupada foi “invadida” pelos ocupantes, não merece tutela jurídica, de que o Estado é conivente com a situação irregular, muitas das vezes é fundada em uma falácia revestida de bom senso e moral pelos críticos. Entretanto, há o esquecimento dos direitos e garantias fundamentais da população que vive nos parcelamentos irregulares (precariedade e ausência do mínimo de elementos de ordem urbanística no parcelamento, tal como energia elétrica, água potável, tratamento sanitário).

É notório que a situação de irregularidade fundiária que assola o Brasil atualmente seria bem diferente se houvesse uma análise do ponto de vista histórico de como essa situação irregular se formou ao longo do tempo. Verificando a história, muito bem poderíamos avaliar melhor os fatos e as suas consequências. De todo modo, enquanto passamos pelo desenvolvimento da história, tal fato ainda não é história para nós.

Com um paralelo de cunho econômico, é defensável que a regularização fundiária gera consideráveis benefícios à coletividade, inclusive de ordem econômica. O autor

¹⁴⁵ Sete em cada dez brasileiros que moram em casa com algum tipo de inadequação são pretos ou pardos. No Brasil, 45,2 milhões de pessoas (21,6% da população total) residiam em 2019 em 14,2 milhões de domicílios com algum tipo de inadequação. Destes, 31,3 milhões eram de cor preta ou parda, ou seja, 69,2%, segundo o levantamento do IBGE. <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/11/no-pais-7-em-cada-10-que-moram-em-casas-com-algum-tipo-de-inadequacao-sao-pretos-ou-pardos.shtml> Acesso em 13 abril 2021.

¹⁴⁶ “É o que é ainda mais importante: durante as revoluções, os cientistas veem coisas novas e diferentes quando, empregando instrumentos familiares, olham para os mesmos pontos já examinados anteriormente. É como se a comunidade profissional tivesse sido subitamente transportada para um novo planeta, onde objetos familiares são vistos sob uma luz diferente e a eles se apegam objetos desconhecidos.” KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*; tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 13 ed. São Paulo: Perspectiva, 2017, p.201

Hernando de Soto analisou os reflexos positivos das políticas públicas, que devem ser de antemão previstos. No que tange à regularização fundiária, Soto aduz que o legislador procurou conferir nítida segurança jurídica aos ocupantes, principalmente dos grandes centros urbanos, além da ínsita necessidade de melhoria dos aspectos ambientais e urbanísticos (garantia imediata da regularização fundiária). Hernando de Soto defende que a regularização fundiária implementada gera positivo impacto à sociedade, principalmente um potencial crescimento econômico.

Pela obra intitulada *O mistério do capital*, Hernando de Soto expõe a causa de os países em desenvolvimento não se desenvolverem economicamente tal como os países já desenvolvidos. O autor formou uma equipe de economistas que se dirigiram *in loco* às periferias dos grandes centros e verificaram a forma pela qual o processo produtivo é encarado nesses centros. Os pesquisadores foram surpreendidos com a intensa atividade econômica desenvolvida nas periferias, e surpreenderam-se ainda mais positivamente com a característica empreendedora das pessoas, situação pela qual concluíram que não é a falta de empreendedorismo a causa de subdesenvolvimento econômico dos países pobres. Conjugada com o empreendedorismo, constataram que a informalidade também impera nessas regiões dos países em desenvolvimento, situação essa de informalismo que, pela visão do autor, a regularização fundiária impacta profundamente, uma vez que a situação informal, além de extremamente prejudicial ao desenvolvimento econômico dos países, limita a possibilidade de crescimento econômico dos negócios.¹⁴⁷

Hayek elucida que há um objetivo social (propósito comum) que deve imperar na construção de uma sociedade. Esse objetivo social pode ser nomeado inclusive como bem comum ou interesse comum e que em regra não é necessário um esforço hercúleo para que se defina o que vem a ser o bem comum, uma vez que aí impera um critério subjetivo de cada cidadão.¹⁴⁸

Em suma, é necessário que haja uma aproximação da realidade social quanto à regularização fundiária. O rigorismo, o formalismo excessivo legal que barra a real implementação das políticas públicas e do próprio procedimento extrajudicial que ainda tende a imperar devem ser de uma vez por todos afastados para que a regularização fundiária seja realmente implantada.

CONCLUSÃO

147 SOTO, Hernando de. *O mistério do capital*. Trad. Zaida Maldonado. Rio de Janeiro: Record, 2001.

148 HAYEK, F. A. *O caminho da servidão*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, págs.75-76

A regularização fundiária necessariamente contempla e deverá contemplar grandes áreas ocupadas por população carente, visando levar ao menos infraestrutura básica e, em via reflexa, titular a situação dominial dos posseiros. Entretanto, a estrutura quase inflexível do universo registral em certa parte inibe o esforço público.

A organização urbana das grandes cidades deve passar necessariamente pela regularização dos parcelamentos clandestinos, irregulares e até mesmo atingir os parcelamentos inacabados. Não há como fugir dessa realidade social.

A regularização fundiária é um forte instrumento alternativo juridicamente para tutelar as moradias irregulares no Brasil. Até certo ponto é louvável a iniciativa do poder público, que tende a enfrentar a questão. Conforme esposado na presente dissertação, com todo o esforço legislativo, atualmente a pujante Lei 13.465/2017 objetiva mudar o paradigma do instituto da regularização fundiária, pois facilita em grande medida aspectos formais e extrínsecos que em nada colaboram com a efetivação do instituto.

No que se refere ao plano dos registros públicos, atualmente a formalidade excessiva ainda dificulta a efetivação da regularização fundiária. Embora os meios técnicos disponíveis ainda não sejam o mais desejável, a insegurança em levar adiante a regularização fundiária não está em tal desiderato.

Um melhor cadastro real informatizado, levantamento topográfico mais realistas e confiáveis tecnicamente, segurança e tecnicidade nas demarcações urbanísticas, tudo isso conjugado com o receio e zelo excessivo não assegura o direito real de propriedade principalmente àqueles mais desamparados social e juridicamente.

Para a implementação do instituto da regularização fundiária ainda falta bastante vontade e coragem. É necessário deixar o problema cultural e utilizar eficazmente os institutos que o extenso e robusto arcabouço jurídico já nos apresenta. O princípio norteador do texto constitucional é a própria dignidade da pessoa humana. Nossa Carta promete-nos bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça.

Tenhamos em mente que, em que pese o beneficiado diretamente com a regularização fundiária seja o hipossuficiente, é perfeitamente recomendável que se regularizem inclusive bairros e loteamentos atualmente ocupados por famílias de média e/ou alta renda, desde que cumpridos os requisitos legais atinentes à regularização fundiária de interesse específico.

Pela prática mercadológica e empresarial a qual vivenciamos atualmente, em que a competitividade e o lucro a qualquer preço dominam as nossas relações sociais, temos a indignação de que quais seriam as vantagens em regularizar um parcelamento irregular.

Com o intuito de efetivação e até mesmo operacionalização da regularização fundiária, é interessante convocar a juventude universitária para que possa atuar na concretização de tal instituto. Diversas razões recomendam que se pense e realmente aplique tal recomendação. A Universidade brasileira, assentada sobre os pilares do ensino, da pesquisa e da extensão, pode e deve contribuir consideravelmente para a efetivação real da regularização fundiária no Brasil.

Os universitários poderiam, *v.g.*, elaborar o cadastro dos ocupantes das áreas destinadas à regularização fundiária, bem como promover conciliações. Parece-nos que essa atividade é mais relevante e útil em sua vida acadêmica em vez dos superados júris simulados ou Semanas Jurídicas.

Esse contato que particularmente o jovem poderia desenvolver ajudaria a ganhar real experiência com a realidade, conhecendo de perto a exclusão social.

Ao se falar em ocupações urbanas irregulares, há uma nítida incidência de negligência, com a preponderância do preconceito de forma criminalizada, e há de se considerar que indiretamente o próprio Estado negligenciou ao socorro dos ocupantes dos parcelamentos irregulares (e não confundamos ocupação com invasão, haja vista que a invasão não merece tutela jurídica da regularização fundiária). Aparentemente, se o Direito almeja constantemente a consagração das garantias fundamentais, percebemos que, no que tange aos ocupantes dos parcelamentos irregulares, esse escopo de garantia constitucional é colocado de lado.

A falta de total percepção do Estado brasileiro diante dos sintomas que os parcelamentos irregulares causam necessita urgentemente ser afastada do ideal das políticas públicas, principalmente das políticas públicas midiáticas, que, com a simples divulgação de entrega de matrículas dos parcelamentos agora regularizados aos seus ocupantes, entendem que cumpriram perfeita e totalmente o escopo da regularização fundiária, sem ao menos implantar ou concluir o minimamente aceitável de obras de infraestrutura urbana e proteção ambiental dos parcelamentos.

A regularização fundiária não deve visar à entrega de forma indiscriminada de espaços populares. Claramente ainda há nítida discrepância social no Brasil, discrepância essa que urge em erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais, ponto nevrálgico para a incidência e concretização de políticas públicas voltadas à regularização fundiária, sobretudo de interesse social.

Com a utopia de todos os envolvidos levarem a sério o desafio proposto pela regularização fundiária, que por sinal seria um passo embrionário, seríamos capazes de implementar a vontade da lei. A soma de esforços, partilhas, inovação é revigorante e sonhar inclusive que o Brasil realmente vislumbrará um futuro depende de cada um de nós.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Dos instrumentos da política urbana. Dos instrumentos em geral. Do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios. Do IPTU progressivo no tempo. Da desapropriação com pagamento em títulos. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MEDAUAR, Odete (coord.). *Estatuto da Cidade – Lei n. 10.527, de 10.07.2001: comentários*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

AMADEI, Vicente de Abreu; PEDROSO, Alberto Gentil de Almeida; MONTEIRO FILHO, Ralpho Waldo de Barros. *Primeiras impressões sobre a Lei n. 13.465/2017*. São Paulo: Arisp, 2017.

AQUINO, Tomás de. *Suma teológica*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001. v. I. parte II. IIa, IIae, q.66, art. 2, resp.

FERRAZ, Sérgio. Usucapião especial. In: DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). *Estatuto da Cidade: comentários à Lei federal n. 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2003.

HAYEK, F. A. *O caminho da servidão*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010
<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/11/no-pais-7-em-cada-10-que-moram-em-casas-com-algum-tipo-de-inadequacao-sao-pretos-ou-pardos.shtml> Acesso em 13 abril 2021.

IHERING, Rudolf Van; tradução Hiltomar Martins Oliveira. *É o direito uma ciência?* 1 ed. São Paulo: Rideel, 2005.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2017.

PERLINGIERI, Pietro. *Situações subjetivas patrimoniais – perfis de direito civil*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SALLES, Venício Antonio de Paula. Função social da propriedade. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (coord.). *Direito imobiliário brasileiro: novas fronteiras na legalidade constitucional*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

SALLES, Venício. Função social da propriedade. In: NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (coord.). *Regularização fundiária*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOTO, Hernando de. *O mistério do capital*. Trad. Zaida Maldonado. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. A distinção entre o direito à moradia e o direito de habitação. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 13, jan./jun. 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no novo Código Civil. *Direito e Democracia*, Canoas, v. 5, p. 11, jan./jun. 2004.

A SPAC E O MERCADO DE CAPITAIS BRASILEIRO

LUCILA PRAZERES DA SILVA: Advogada atuante no mercado financeiro e de capitais desde 2002. Cursando o mestrado em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Responsável pelo jurídico da Constellation Investimentos e Participações Ltda.

RESUMO: Este artigo objetiva mostrar como funciona a estrutura de uma SPAC (*"special purpose acquisition company"*) de acordo com a prática de mercado estadunidense para, ao final, compará-lo com o regime jurídico brasileiro e como uma SPAC poderia ser implementada no Brasil. Utiliza-se para a presente pesquisa o método dedutivo, mediante um abordagem bibliográfica e documental, a partir da revisão de obras e artigos científicos, bem como a legislação nacional e estadunidense e decisões jurisprudenciais. Como resultado da pesquisa, há a expectativa de que as autoridades reguladoras brasileiras partam para a *lege ferenda* e perscrutem (i) aprimorar as regras para prever especificamente a SPAC brasileira, na forma de SPE; (ii) com *sponsor investment* e *escrow accounts* para proteger investidores; (iii) que permita o acesso para investidores qualificados; e (iv) com Conselho Independente; além de (v) responsabilização civil, administrativa e penal para os *sponsors* que violarem as regras, como forma de permitir a ampliação do mercado de capitais brasileiros.

Palavras-chave: *Special purpose acquisition company (SPAC)* . Sociedade de propósito específico (SPE). Investidor qualificado. Bolsa de Valores.

ABSTRACT: This article aims to show how the structure of a SPAC (special purpose acquisition company) works according to the practice of the US market, in order to finally compare it with the Brazilian legal system and how a SPAC could be implemented in Brazil. For this research, the deductive method is used, through a bibliographic and documentary approach, based on the review of scientific works and articles, as well as national and U.S. legislation and jurisprudential decisions. As a result of the survey, it is expected that the Brazilian regulatory authorities will adopt the *lege ferenda* and examine (i) improve the rules to specifically provide for the Brazilian SPAC, in the form of SPE; (ii) with sponsor investment and escrow accounts to protect investors; (iii) that allows access to qualified investors; and (iv) with an Independent Board; in addition to (v) civil, administrative and criminal liability for sponsors that violate the rules, as a way of allowing the expansion of the Brazilian capital market.

Keywords: Special purpose acquisition company (SPAC). Special purpose company (SPE). Qualified investor. Stock Exchange.

1 INTRODUÇÃO

Apesar da severa crise mundial de saúde pública desencadeada pelo surto do coronavírus (caracterizado como pandemia pela Organização Mundial da Saúde, em março de 2020), o mercado financeiro assistiu os investidores em pânico e, em seguida, otimistas com o cenário social e econômico, aumentando significativamente a liquidez no mercado e sustentando um certo frenesi em relação às ofertas públicas iniciais de um tipo muito peculiar de sociedade regulamentada nos Estados Unidos: a *special purpose acquisition company*¹⁴⁹, mais conhecidas como SPAC.

A SPAC é uma sociedade não operacional, constituída por prazo determinado, que capta recursos no mercado de capitais com o fim de adquirir uma ou mais companhias fechadas. Os acionistas fundadores não costumam saber de antemão a empresa que será adquirida pela SPAC, pautando a captação de recursos na experiência e reputação dos acionistas fundadores (denominados *sponsors*). Por este motivo, a confiança do investidor é um elemento essencial para o sucesso da abertura de capital da SPAC.¹⁵⁰ Constitui-se como sociedade de capital aberto para investir em sociedades privadas ou fechadas, tornando o processo de abertura de capital mais rápido e menos custoso.

Atualmente a SPAC ocupa espaço preponderante no mercado de capitais estadunidense. No ano de 2020, as SPACs que abrem o capital nas bolsas estadunidenses captaram USD 82 bilhões¹⁵¹. A euforia dos investidores cresceu progressivamente em

149 Tradução livre do texto original em inglês: "sociedade com propósito específico de aquisição".

150 Diversas celebridades estadunidenses passaram a associar os seus nomes às SPACs, com a expectativa de boa rentabilidade e cooperando na divulgação do investimento. Vale citar o antigo executivo do TikTok, Kevin Mayer, que se associou a uma SPAC e participou da aquisição de uma companhia de fitness e nutrição chamada Beachbody Co. Outros nomes: Shaquille O'Neal (consultor estratégico para a Forest Road Acquisition Corp.), a cantora Ciara (conselheira de administração da Bright Lights Acquisition Corp, SPAC focada no setor de entretenimento, esportes e marcas de consumo), Serena Williams (Jaws Spitfire Acquisition Corp.) e Jay-Z (The Parent Co.). Este movimento motivou a *Securities and Exchange Commission* a publicar um alerta ao mercado, em 10 de março de 2021, para advertir os investidores a não tomar uma decisão de investimento em SPACs levando em conta somente a presença de pessoas famosas no empreendimento (SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. Celebrity Involvement with SPACs – **Investor Alert**. Março, 2021. Disponível em: <https://www.sec.gov/oiea/investor-alerts-and-bulletins/celebrity-involvement-spacs-investor-alert>. Acesso em: 31 mar. 2021).

151 RAMKUMAR, Amrith. 2020 SPAC Boom Lifted Wall Street's Biggest Banks. **Wall Street Journal**. 5 jan. 2021. Markets/Finance. Disponível em: https://www.wsj.com/articles/2020-spac-boom-lifted-wall-streets-biggest-banks-11609842601?mod=djemMoneyBeat_us. Acesso em: 31 mar. 2021.

2021: somente no primeiro trimestre, cerca de 300 SPACs abriram o capital e captaram em torno de USD 100 bilhões – valor superior ao total de recursos captados em 2020.¹⁵²

A *onda* das SPACs varreu o mercado, motivando os reguladores de outros Estados a avaliarem a viabilidade do produto em suas jurisdições. O respectivo órgão regulador da Grã Bretanha anunciou em março de 2021 que fará uma revisão das regras de divulgação e transparência de informações, consideradas atualmente um obstáculo importante para a eclosão de SPACs britânicas. A bolsa de valores de Cingapura lançou em 2021 uma audiência pública para discutir regras específicas para a SPAC e, assim, posicionar-se de maneira mais competitiva no mercado mundial.

No Brasil, a discussão a respeito das SPACs é considerada incipiente; no entanto, o sucesso e a acessibilidade que este veículo empresarial oferece, principalmente aos investidores de varejo, demanda a sua análise e possível adaptação e *tropicalização* para o regime jurídico brasileiro.

Utiliza-se para a presente pesquisa o método dedutivo, mediante um abordagem bibliográfica e documental, a partir da revisão de obras e artigos científicos, bem como a legislação nacional e estadunidense e decisões jurisprudenciais.

2 ORIGEM DA SPAC E SEU HISTÓRICO DA REGULAMENTAÇÃO NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

A *Special Purpose Acquisition Company* (SPAC) tem sua origem ligada aos *blank checks*¹⁵³ usados durante a crise financeira conhecida como *South Sea Bubble*¹⁵⁴ na Inglaterra do século XVIII¹⁵⁵. Markham¹⁵⁶ explica que a referida bolha começou em 1720,

152 PERLBERG, Heather et al. SPAC Listings Slow to a Crawl With Bankers Buried in Paperwork. **Bloomberg** L.P. 31 mar. 2021. Deals. Disponível em: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-03-31/spac-listings-slow-to-a-crawl-with-bankers-buried-in-paperwork>. Acesso em: 31 mar. 2021.

153 Tradução livre do texto original em inglês: “cheque em branco”.

154 Tradução livre do texto original em inglês: “Bolha dos Mares do Sul”.

155 SHACHMUROVE, Yochanan; VULANOVIC, Milos. *SPAC IPOs*. (January 17, 2017). **Oxford Handbook of IPOs**. Edição de Douglas Cumming e Sofia Johan, 2017, Forthcoming, p. 14. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2898102>. Acesso em: 31 mar. 2021.

156 MARKHAM, Jerry W. **A Financial History of the United States**: From Christopher Columbus to the Robber Barons (1492-1900). v. 1. ME Sharpe, 2002, p. 110.

mediante a venda de ações emitidas pela South Sea Company, que tinha por escopo o comércio com a América do Sul e a caça de baleias na região. Os negócios com a coroa britânica, as operações de troca entre títulos de dívida pública do Governo britânico por ações da companhia, dentre outros arranjos, tornaram as ações da South Sea Company o centro das especulações feitas por diversos investidores, incluindo a nobreza britânica.

A onda especulativa que varreu as ações emitidas pela South Sea Company causou o desenvolvimento de novos negócios para surfar o frenesi do mercado, especialmente a captação pública de recursos para empreendimentos desconhecidos, conforme explica Markham:

Over 200 enterprises were launched during this period for such things as the building of a perpetual motion machine. One bubble company promoted "Puckle's Machine Gun," which would fire round balls against Christians and square missiles against the Turks. Some of the bubble schemes took money for subscriptions for undisclosed enterprises that would be launched when the promoter viewed the time to be ripe. These ventures, which were often oversubscribed, appeared to be a forerunner of the "blank check offerings" conducted in the 1980s. One famous endeavor during the South Sea Bubble involved a business "for carrying on an undertaking of great importance, but nobody to know what it is." Shares in this enterprise cost £100, and shareholders were promised a profit of 100 percent per year. Subscribers were to make a two pound per share down payment and then pay the remainder within a month after the nature of the business was disclosed.¹⁵⁷

157 Tradução livre do texto original em inglês: "Mais de 200 empreendimentos foram lançados durante este período para itens como a construção de uma máquina de movimento perpétuo. Uma empresa de bolhas promoveu a "Metralhadora Puckle", que disparava bolas redondas contra os cristãos e quadradas contra os turcos. Alguns dos esquemas dessa bolha exigiam dinheiro para subscrição de ações de empresas não divulgadas, que seriam lançadas quando o agente visse o momento oportuno. Esses empreendimentos, que muitas vezes tinham excesso de subscrições, pareciam ser os precursores das "ofertas de cheques em branco" conduzidas na década de 1980. Um famoso empreendimento durante a Bolha dos Mares do Sul envolveu um negócio "para levar adiante um empreendimento de grande importância, mas ninguém pode saber o que é". As ações dessa empresa custavam £ 100 (cem libras), e os acionistas receberam a promessa de um lucro de 100% ao ano. Os subscritores deviam fazer um pagamento inicial de duas libras por ação e, em seguida, pagar o restante dentro de um mês após a divulgação da natureza do negócio." (MARKHAM, 2002, p. 111).

Os *blank check offerings*¹⁵⁸ referidos por Markham foram observados nos Estados Unidos da América com maior frequência nos anos 1980, quando as *blank check companies*¹⁵⁹ tinham suas ações negociadas no mercado de balcão com cotações iguais ou inferiores a um dólar (*penny stock market*¹⁶⁰). Segundo Moeller, tais companhias não eram operacionais e nem tinham ativos ou receitas, buscavam recursos no mercado de maneira majoritariamente fraudulenta para adquirir outras empresas da seguinte forma:

These manipulative practices involved allotting the majority of shares issued through a blank check company to insiders and their close affiliates, who would then – in collusion – spread wrong information about a forthcoming and highly lucrative acquisition of an allegedly profit-able target. Such rumours would force (pump) share prices up, whereupon insiders would sell (dump) the majority of shares on the market. As a result, the artificially inflated share prices would drop, leaving the uninformed investor with essentially worthless shares.¹⁶¹

Diante daquele cenário, o Congresso estadunidense aprovou o Securities Enforcement Remedies and Penny Stock Reform Act of 1990 (PSRA), com o intuito de proteger os investidores e regular o mercado de *penny stocks*¹⁶².

Em 1992, a *Securities and Exchange Commission* publicou a *Rule 419-a*, que estabeleceu as seguintes providências para o mercado de *blank check companies*: (i) os recursos provenientes da abertura de capital deveriam ser depositados em contas

158 Tradução livre do texto original em inglês: “ofertas de cheque em branco”.

159 Tradução livre do texto original em inglês: “companhias de cheque em branco”.

160 Tradução livre do texto original em inglês: “mercado de ações que custam centavos”.

161 Tradução livre do texto original em inglês: “Essas práticas de manipulação envolviam a distribuição da maioria das ações emitidas por meio de uma empresa de cheque em branco para pessoas vinculadas à companhia emissora e pessoas ligadas, que então - em conluio - espalhariam informações erradas sobre uma aquisição futura e altamente lucrativa de um alvo supostamente lucrativo. Tais rumores pressionariam (inflariam) os preços das ações para cima, momento em que as pessoas vinculadas venderiam (“enfiariam”) a maioria das ações no mercado. Como resultado, os preços das ações artificialmente inflados cairiam, deixando o investidor desinformado com ações essencialmente sem valor.” MOELLER, Axel. **Alternative Initial Public Offering Models: The Law and Economics Pertaining of Shell Company Listings on German Capital Markets**. V. 368. Mohr Siebeck, 2017

162 D'ALVIA, Daniele. **SPAC: A Comparative Study Under US, Asia and Italian Corporate Framework**. Soft Law vs. Hard Law. 6 ago 2014. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2476867>. Acesso em: 28 fev. 2021.

*escrow*¹⁶³ ou em *trust*¹⁶⁴ até que a aquisição de uma empresa fosse consumada; (ii) a aquisição de uma empresa ou negócio deveria ser concretizada em um período curto (por exemplo: 18 meses) e os recursos depositados poderiam ser liberados, desde que ao menos 80%, no caso de uma combinação de negócios, em caso contrário, os recursos deveriam ser devolvidos aos investidores; e (iii) os acionistas deveriam consentir com a combinação de negócios pretendida e assegurar aos dissidentes o direito de resgate¹⁶⁵.

O novo arcabouço regulatório restringiu bastante a estruturação de *blank check companies*¹⁶⁶. Ainda assim, este veículo de investimento poderia ser útil em determinadas

163 Tradução livre do texto original em inglês: conta de garantia.

164 Segundo o art. 2º da Convenção de Haia, realizada em 01 de julho de 1985, o termo trust “se refere a relações jurídicas criadas – *inter vivos* ou após a morte – por alguém, o outorgante, quando os bens forem colocados sob controle de um curador para o benefício de um beneficiário ou para alguma finalidade específica”, conforme citado na Solução de Consulta COSIT n. 41, de 31 de março de 2020 emitida pela Receita Federal do Brasil.

165 *Ibid.* p. 9 – 10.

166 Segundo Riemer: “*The onerous requirements of Rule 419 made it nearly impossible for a blank check company to complete an acquisition. Because shareholders were given the right to rescind their investment once a combination was announced, management could not know exactly how much capital was available to the company until the refund period passed. Because it was impossible to know the amount of proceeds at the company’s disposal while searching for a combination, it became extremely difficult for blank check companies to effectively negotiate the acquisition of a business.*”

The escrow and rescission provisions of Rule 419 ensured that funds raised by blank check companies in a public offering could not be misused by the company’s management. Because Rule 419 required at least ninety percent of the funds raised by a blank check company to be held in a Rule 419 escrow account, the funds were inaccessible to the issuing company’s management for personal use. By requiring the approval of a eighty percent of the shareholders and simultaneously giving shareholders a right of rescission, Rule 419 ensured that the process of making an acquisition could not be done hastily. As regulations made the acquisition process more cumbersome and tedious, it became unlikely, if not impossible, for management to hijack the company for its own gain or to surreptitiously profit by engaging in a pump-and-dump scheme.” RIEMER, Daniel S. Special Purpose Acquisition Companies: SPAC and SPAN, or Blank Check Redux?, 85 **WASH. U. L. REV.** 931 (2007). Disponível em: https://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol85/iss4/5. Acesso em: 27 mar. 2021. p. 943/944. Tradução livre do texto original em inglês anteriormente colado: “Os requisitos onerosos da “Rule 419” tornaram quase impossível para uma empresa de cheques em branco concluir uma aquisição. Como os acionistas tiveram o direito de resgatar seu investimento assim que uma combinação fosse anunciada, a administração não poderia saber exatamente quanto capital estaria disponível para a empresa até que o término do período de reembolso. Como era impossível saber o valor total dos recursos à disposição da empresa durante a busca por uma combinação, tornou-se extremamente difícil para as empresas de cheque em branco negociar com eficácia a aquisição de um negócio.

situações legítimas para a captação de recursos¹⁶⁷. Por este motivo, alguns participantes do mercado desenvolveram um modelo de *shell company*¹⁶⁸ logo após o PSRA de 1990, denominada *Special Purpose Acquisition Company* (SPAC).

2.1 A PRIMEIRA GERAÇÃO DE SPACS

Para aproveitar a onda de crescimento econômico que varria o mercado estadunidense nos anos 1990, David Nussbaum, presidente do Conselho de Administração da GKN Securities à época, constituiu uma sociedade que não era regida pela Rule 419, mas adotou voluntariamente algumas restrições previstas naquela regra. E assim surgiu a primeira geração de SPACs nos Estados Unidos da América¹⁶⁹ que, diferentemente das sociedades submetidas à Rule 419, permitia que os seus investidores vendessem as suas ações no mercado secundário e dilatou o prazo de 18 para 24 meses para os administradores adquirirem uma ou mais companhias¹⁷⁰.

As disposições a respeito da custódia e reembolso da Rule 419 garantiram que os recursos levantados por empresas de cheque em branco em uma oferta pública não pudessem ser mal utilizados pela administração da empresa. Como a Rule 419 exigia que pelo menos noventa por cento dos recursos levantados por uma empresa de cheques em branco fossem mantidos em uma conta de garantia da Rule 419, os recursos eram inacessíveis para os administradores da empresa emissora para uso pessoal. Ao exigir a aprovação de oitenta por cento dos acionistas e, ao mesmo tempo, conceder aos acionistas o direito de resgate, a Rule 419 garantiu que o processo de aquisição não pudesse ser feito precipitadamente. Como a regulamentação tornou o processo de aquisição mais complicado e tedioso, tornou-se improvável, senão impossível, para a administração sequestrar a empresa para ganho próprio ou para lucrar sorrateiramente envolvendo-se em um esquema de "pump and dump". Explicando o esquema "pump and dump": significa a manipulação de mercado em que o agente inflaciona artificialmente o preço da ação para então vendê-la.

167 MOELLER, 2017, p. 8.

168 Tradução livre do texto original em inglês: "empresas de gaveta".

169 A este respeito, Riemer: "*This first generation of SPACs afforded investors familiar protections. Most of the money raised was held in an escrow account, except for a small portion that the SPACs used to cover operating expenses. The SPACs also gave investors a right of rescission once an acquisition was announced. However, in contrast to the Rule 419 requirements, SPAC managers had two years, as opposed to the Rule 419 limit of eighteen months, to complete an acquisition.*⁹⁸ Additionally, Nussbaum and GKN permitted the trading of the blank check companies' securities before an acquisition was completed. Each first-generation SPAC targeted an acquisition in a specific industry or geographic region, making it more akin to a blind pool than a blank check. To further enhance their legitimacy, Nussbaum aimed to attract prominent and well-respected managers to head these early SPACs." (RIEMER, 2007, p. 945).

170 RIEMER, 2007.

A primeira geração de SPACs teve bom apelo diante do público investidor. Nussbaum lançou 13 SPACs entre 1993 e 1994, dentre as quais 12 fizeram aquisições de companhias fechadas¹⁷¹. A interrupção desse movimento foi feita pela bolha financeira de Março de 2000, conhecida como *dot.com bubble*¹⁷², que afastou os investidores do mercado de capitais, principalmente de investimentos alternativos¹⁷³.

2.2 A SEGUNDA E TERCEIRA GERAÇÕES DE SPACS

Em maio de 2003, a segunda geração de SPACs voltou ao mercado a partir do pedido de registro de oferta pública inicial, feita pela boutique de investimento EarlyBirdCapital. A partir daquele evento, outros pedidos de oferta pública de SPACs foram feitos, principalmente no mercado de balcão regulado pela NASD¹⁷⁴ (OTC-BB)¹⁷⁵.

Considerando-se que as SPACs listadas no OTC-BB eram obrigadas a seguir as exigências de registro estadual, algumas SPACs passaram a listar as suas ações na *American Stock Exchange*¹⁷⁶ para escapar do encargo regulatório¹⁷⁷. As ofertas iniciais de SPACs ganharam atração no mercado estadunidense: 142 SPACs fizeram ofertas iniciais entre os anos de 2004 e 2007¹⁷⁸.

171 *Ibid*, p. 945.

172 Tradução livre do texto original em inglês: “bolha da internet”.

173 MOELLER, 2017, p. 9.

174 National Association of Securities Dealers (NASD), associação norte-americana que era responsável pela autorregulação dos corretores de valores mobiliários que foi sucedida pela FINRA.

175 *Ibid*, p. 9.

176 A antiga bolsa de valores americana, que posteriormente foi adquirida pela New York Stock Exchange (NYSE) e hoje é chamada NYSE American.

177 RIEMER, 2007, p. 948-949.

178 “In 2004, twelve SPACs conducted IPOs. There was a dramatic increase in the number of SPAC filings in subsequent years, as twenty-eight SPACs conducted IPOs in 2005, thirty-seven SPACs conducted IPOs in 2006, and sixty-five SPACs conducted IPOs in 2007. SPACs comprise a growing percentage of the total IPO market. While SPACs accounted for only 5.2 percent of all successful IPOs in 2004, 26.6 percent of all successful IPOs in 2007 were SPACs.” (RIEMER, 2007, p. 947).

No entanto, a crise financeira global entre 2008 e 2009 impediu novos IPOs¹⁷⁹ de SPACs. Com o colapso de grandes instituições e as principais bolsas de valores no mundo mostrando grande desvalorização de preços, os investidores fugiram para investimentos mais seguros. Somente em 2010 as ofertas iniciais de SPACs voltaram a ocorrer, marcando a terceira geração de SPACs, que permanece atualmente¹⁸⁰.

Vale destacar que, a partir de 2015, as SPACs passaram a apresentar estruturas mais organizadas e com melhores taxas de sucesso: mais de 90% das SPACs foram consolidadas em novos negócios, enquanto que antes de 2015, 20% das SPACs tiveram que ser liquidadas. Além deste fato, a média do volume de recursos captados por oferta também aumentou significativamente: de US\$200 milhões em 2016 para US\$400 milhões em 2020¹⁸¹.

3 CARACTERÍSTICAS ESTRUTURAIS DA SPAC ESTADUNIDENSE

A SPAC é uma sociedade sem atividade ou ativos, constituída exclusivamente para viabilizar a aquisição de uma ou mais sociedades mercantis dentro de um prazo determinado, mediante a captação de recursos no mercado de capitais¹⁸².

179 Sigla em inglês que significa oferta pública inicial de ações para abertura do capital da companhia.

180 MOELLER, 2017, p. 10.

181 CHAUVIERE, Kurt; TAN, Tao. **Earning the premium: A recipe for long-term SPAC success.** McKinsey & Company. New York, set./2020. Disponível em: https://www.mckinsey.com/~media/McKinsey/Industries/Private_Equity_and_Principal_Investors/Our_Insights/Earning_the_premium_A_recipe_for_long_term_SPAC_success/Earning-the-premium-A-recipe-for-long-term-SPAC-success.pdf. Acesso em: 6 mar. 2021, p. 2.

182 Segundo a *Securities and Exchange Commission*, em tradução livre do texto original em inglês: "A SPAC é uma companhia sem operações que oferece valores mobiliários em troca de dinheiro and direciona quase a totalidade dos recursos captados em uma ou mais companhias fechadas operacionais. Após a oferta pública inicial, a SPAC identificará candidatas para aquisição e buscará concluir uma ou mais operações de combinação de negócios, para então continuar as operações da(s) companhias(s) adquirida(s) como companhia aberta." No original: "A SPAC is a company with no operations that offers securities for cash and places substantially all the offering proceeds into a trust or escrow account for future use in the acquisition of one or more private operating companies. Following its initial public offering, or IPO, the SPAC will identify acquisition candidates and attempt to complete one or more business combination transactions after which the company will continue the operations of the acquired company or companies ("combined company") as a public company". (SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, Division of Corporation Finance; CF **Disclosure Guidance:** Topic n. 11; dez./2020. Disponível em: https://www.sec.gov/corpfin/disclosure-special-purpose-acquisition-companies#_edn1. Acesso em: 20 fev. 2021).

Trata-se de uma sociedade sem histórico operacional, ativos ou receita, que realiza uma oferta pública inicial de distribuição de *units* (compostas por ações e *warrants*, conforme o caso), para adquirir uma ou mais companhias fechadas e operacionais (cujas transações denominam-se *de-SPAC*), sem que essas companhias sejam conhecidas pelos investidores durante o período da oferta¹⁸³.

De acordo com a Securities and Exchange Commission¹⁸⁴, a SPAC é uma *blank check company*¹⁸⁵, definida pelo § 77g, do *Securities Act* de 1933, como uma *development stage company*¹⁸⁶, que emite *penny stock*¹⁸⁷ e que: (i) não tem plano de negócio ou

183 Algumas SPACs indicam no prospecto da oferta o setor ou a indústria que pretendem explorar, enquanto outras deixam isso em aberto.

184 Agência reguladora do mercado de capitais americano.

185 Cf. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, "What You Need to Know About SPACs – **Investor Bulletin**. dez./2020. Disponível em: <https://www.sec.gov/oiea/investor-alerts-and-bulletins/what-you-need-know-about-spacs-investor-bulletin>. Acesso em: 20 fev. 2021.

186 Definido no § 210.1-02 do Título 17 do "Code of Federal Regulations" da seguinte forma, em tradução livre do texto original em inglês: "Uma companhia será considerada em estágio de desenvolvimento se estiver dedicando substancialmente todos os seus esforços para estabelecer um novo negócio e se houver uma das seguintes condições: (1) as operações principais planejadas não foram iniciadas. (2) as operações principais planejadas foram iniciadas, mas não houve receita significativa delas". No original: "*A company shall be considered to be in the development stage if it is devoting substantially all of its efforts to establishing a new business and either of the following conditions exists: (1) Planned principal operations have not commenced. (2) Planned principal operations have commenced, but there has been no significant revenue therefrom.*"

187 Segundo o "*section 78c(a)(51) to the Securities Act of 1933*", em tradução livre do texto original em inglês: "O termo" penny stock "significa qualquer ação que não seja um valor mobiliário que seja— (i) registrado ou aprovado para registro e negociado em uma bolsa de valores nacional que atenda aos critérios que a Comissão deve estabelecer por regra ou regulamento para fins deste parágrafo; (ii) autorizado para cotação em um sistema de cotação automatizado patrocinado por uma associação de valores mobiliários registrada, se tal sistema (I) foi estabelecido e em operação antes de 1º de janeiro de 1990, e (II) atende aos critérios que a Comissão deve prescrever por regra ou regulamento para os fins deste parágrafo; (iii) emitida por uma companhia de investimento registrada sob a "Investment Company Act" de 1940 [15 U.S.C. 80a – 1 e segs.]; (iv) excluídos, com base no que exceder um preço mínimo, os ativos tangíveis líquidos da companhia emissora, ou outros critérios relevantes, da definição de tal termo por regra ou regulamento que a Comissão determinará para efeitos do presente parágrafo; ou (v) isento, no todo ou em parte, condicional ou incondicionalmente, da definição de tal termo por regra, regulamento ou ordem emitida pela Comissão". No original: "*(A)The term "penny stock" means any equity security other than a security that is—(i)registered or approved for registration and traded on a national securities exchange that meets such criteria as the Commission shall prescribe by rule or regulation for purposes of this paragraph; (ii)authorized for quotation on an automated quotation system sponsored by a registered securities association, if such system (I) was established and in operation before January 1, 1990, and (II) meets such criteria as the Commission shall prescribe by rule or regulation for purposes of this paragraph; (iii)issued by an investment company registered*

objetivo; ou (ii) divulgou que seu plano de negócio é unir-se com uma ou mais companhias não identificadas¹⁸⁸.

As atuais SPACs listam as suas ações na Nasdaq ou na New York Stock Exchange (NYSE) - e seguem o rito usual regulamentado pela *Securities and Exchange Commission* para abrir o capital. Inicialmente, o *sponsor* (que pode ser uma instituição financeira, gestora de recursos, *hedge fund* ou executivos do mercado financeiro, dentre outras possibilidades) constitui uma sociedade e contrata uma instituição intermediária (denominada na prática como *underwriter*) para conduzir a distribuição pública das *units*¹⁸⁹ ofertadas ao mercado, inclusive com *road show*¹⁹⁰ seguido pelos pedidos de reserva feitos pelos investidores.¹⁹¹

Os valores mobiliários ofertados pela SPAC geralmente são *units* constituídas por ações ordinárias e *warrants* (ou fração de um *warrant* – geralmente um terço), sendo estes definidos pela *Securities and Exchange Commission*, da seguinte forma:

O warrant é um contrato que garante ao seu titular o direito de subscrever ações ordinárias adicionais da companhia no futuro por

under the Investment Company Act of 1940 [15 U.S.C. 80a-1 et seq.]; (iv)excluded, on the basis of exceeding a minimum price, net tangible assets of the issuer, or other relevant criteria, from the definition of such term by rule or regulation which the Commission shall prescribe for purposes of this paragraph; or (v)exempted, in whole or in part, conditionally or unconditionally, from the definition of such term by rule, regulation, or order prescribed by the Commission."

188 No original: "(3) For purposes of paragraph (1) of this subsection, the term "blank check company" means any development stage company that is issuing a penny stock (within the meaning of section 78c(a)(51) of this title) and that— (A)has no specific business plan or purpose; or (B)has indicated that its business plan is to merge with an unidentified company or companies."

189 Segundo a página eletrônica da B3: "Units são ativos compostos por mais de uma classe de valores mobiliários, como uma ação ordinária e um bônus de subscrição, por exemplo, negociados em conjunto. As units são compradas e/ou vendidas no mercado como uma unidade." (Units.B3, 2021. Disponível em: http://www.b3.com.br/pt_br/market-data-e-indices/servicos-de-dados/market-data/consultas/mercado-a-vista/units/. Acesso em: 12/08/2021.

190 Apresentação feita pela companhia e assessores financeiros para investidores durante o esforço de colocação dos valores mobiliários que serão emitidos pela companhia em oferta pública.

191 LAYNE, Ramey; et al.. Special Purpose Acquisition Companies: An Introduction. **Harvard Law School Forum on Corporate Governance**. 6 jul. 2018. Disponível em: <https://corpgov.law.harvard.edu/2018/07/06/special-purpose-acquisition-companies-an-introduction/>. Acesso em: 27 fev. 2021.

um determinado preço, geralmente um prêmio em relação à cotação da ação no momento em que o warrant for emitido. (tradução livre)¹⁹²

Os *warrants* conferem aos seus detentores o direito de exercer a opção de compra de ações ordinárias da SPAC pelo preço de US\$ 11,50 (15% acima do preço por ação na oferta inicial), logo após a combinação de negócios feita entre a SPAC e a companhia adquirida (de-SPAC) ou 12 meses após a data da oferta inicial de distribuição de valores mobiliários emitidos pela SPAC¹⁹³. A função do *warrant* é atrair investidores para a oferta pública inicial de uma sociedade que manterá os recursos captados em títulos do governo estadunidense durante o prazo de funcionamento da SPAC.¹⁹⁴

Após a oferta pública inicial, geralmente entre 30 a 45 dias, as *units* são canceladas, de modo que cada valor mobiliário possa ser transacionado separadamente em bolsa (as *ações* e os *warrants*).

A respeito da estrutura de capital das SPACs, vale destacar a diferença entre a classe de ações ofertada ao público e a classe de ações detida pelo *sponsor* e os administradores da SPAC (sendo tais ações denominadas *founder shares*). Layne et al. (2018) explicam que, enquanto o público investidor recebe ações ordinárias classe A, os fundadores da SPAC adquirem ações ordinárias classe B ou F, antes do pedido de registro da oferta pública inicial, que serão convertidas em classe A no momento da transação de de-SPAC¹⁹⁵, na proporção de uma ação classe A para uma ação classe B ou F. Esta proporção pode ser modificada, caso haja emissão de novas ações para concluir a transação de de-SPAC, para

192 No original: "A warrant is a contract that gives the holder the right to purchase from the company a certain number of additional shares of common stock in the future at a certain price, often a premium to the current stock price at the time the warrant is issued." SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, 2020.

193 BROWNSTEIN, Andrew R.; NUSSBAUM, Andrew J.; KIRMAN, Igor. The Resurgence of SPACs: Observations and Considerations. **Harvard Law School Forum on Corporate Governance**. 22 ago. 2020. Disponível em: <https://corpgov.law.harvard.edu/2020/08/22/the-resurgence-of-spacs-observations-and-considerations/>. Acesso em: 27 fev. 2021.

194 KLAUSNER, Michael D.; OHLROGGE, Michael; RUAN, Emily. A Sober Look at SPACs (October 28, 2020). **Stanford Law and Economics Olin Working Paper n. 559**, NYU Law and Economics Research Paper n. 20-48, p. 23. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3720919>. Acesso em: 25 mar. 2021.

195 De-SPAC é um termo utilizado no mercado que significa o momento em que a SPAC realiza uma combinação de negócios, seja por incorporação, fusão, troca de ações ou qualquer outra operação societária com uma ou mais sociedades. Após essa operação societária, a SPAC conclui o seu objeto social, oportunidade em que ela "de-SPAC".

que esta diluição não afete a participação de 20% do capital da SPAC detida pelos fundadores.

A estrutura de capital da SPAC foi desenvolvida para alinhar o interesse dos administradores com o interesse dos investidores. Conforme ensina Riemer, os administradores de uma SPAC não costumam receber remuneração fixa ou uma taxa de administração (como seria no caso de um veículo de investimento), nem tampouco são obrigados a atuar com exclusividade para a persecução do objeto social da SPAC.

A forma encontrada para incentivar os administradores a buscarem bons negócios para a SPAC foi trazê-los para o quadro societário da SPAC, de forma bem vantajosa: a aquisição de ações (*founder shares*) equivalentes a 25% da quantidade de ações que serão ofertadas ao mercado, contando os 15% de *green shoe*¹⁹⁶. Os detentores de *founder shares* devem concordar com a diluição decorrente da distribuição primária de ações na abertura de capital, desde que a quantidade de *founder shares* resulte em 25% da quantidade de ações distribuídas ao mercado (considerando que o *green shoe* não seja totalmente exercido), que resultará na participação de 20% do total do capital social da SPAC^{197 198}.

Algumas SPACs são estruturadas de modo que as *founder shares* sejam convertidas automaticamente em ações da mesma classe detida pelos investidores no momento da operação de de-SPAC a uma razão de um para um. No entanto, caso novas ações da SPAC sejam emitidas para a conclusão da operação de fusão ou aquisição de nova companhia, a relação de troca entre as *founder shares* e a classe de ações detidas pelos investidores pode ser alterada para garantir que os fundadores permaneçam com 20% do capital social da SPAC. Trata-se de um dispositivo comum previsto nos documentos societários das

196 De acordo com Nelson Eizirik, *green shoe* é a denominação dada à opção prevista em contrato de garantia de colocação (o contrato de *underwriting*) entre a companhia ofertante dos valores mobiliários e a instituição intermediária (o *underwriter*) em que o underwriter poderá colocar uma quantidade de ações superior ao que foi inicialmente prevista na oferta pública de distribuição de ações (EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. Mercado de capitais – regime jurídico. 3. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, pgs. 206 – 207).

197 LAYNE et al., 2018.

198 As "*founder shares*" são avaliadas entre um centavo e meio e três centavos e ficam em uma conta "*escrow*" entre dois e três anos após a oferta inicial de distribuição de ações emitidas pela SPAC. Dessa forma, tanto administradores quanto investidores dependem do sucesso da SPAC para auferir lucro. (RIEMER, 2007, p. 959).

SPACs, que visa a prevenir a diluição da participação acionária do *sponsor* e dos administradores¹⁹⁹.

O capital investido pelos fundadores para adquirir as *founder share* ficará em uma conta *escrow*, entre dois e três anos após a oferta inicial. Tais ações costumam ficar bloqueadas para a negociação por meio de um arranjo contratual, até que a combinação de negócios seja concluída.

A SPAC deve ter um prazo para realizar a combinação de negócios por meio de uma aquisição, fusão ou qualquer outra operação societária com uma ou mais companhias fechadas. Este prazo costuma ser entre 18 e 24 meses, prorrogáveis por decisão dos acionistas. Se a combinação de negócios não for concluída dentro do prazo pré-determinado, a SPAC deverá ser liquidada e pagar o reembolso das ações detidas pelos investidores com base nos recursos depositados em garantia (*trust account*), incluindo juros. Apenas os investidores terão direito ao reembolso do valor investido com juros: as *founder shares* não podem ser resgatadas na liquidação; o que é uma maneira adicional de incentivar o *sponsor* a encontrar um bom negócio para a SPAC²⁰⁰.

Os investidores também poderão exercer o direito de recesso caso não concordem com a aquisição proposta pelo *sponsor* da SPAC.²⁰¹ O preço de resgate equivale ao preço pago pelo investidor na oferta inicial da SPAC, acrescido dos juros acumulados na conta em garantia. Ainda que exerçam o direito de recesso, os acionistas mantêm os *warrants* e direitos conferidos pelas *units* ofertadas na abertura de capital da SPAC.²⁰²

Os *warrants* que acompanham as ações emitidas pela SPAC para formar as *units* que serão ofertadas ao mercado na abertura de capital da SPAC costumam ser fracionados em cada *unit* ofertada (geralmente à razão de um terço, o que depende do tamanho da oferta).

199 LAYNE et al., 2020, p. 7.

200 PINEDO, Anna T. et al. **What's the Deal?** – Special Purpose Acquisition Companies. 10 ago. 2020. Disponível em: <https://www.mayerbrown.com/en/perspectives-events/publications/2020/08/whats-the-deal-special-purpose-acquisition-companies>. Acesso em: 2 mar. 2021, p. 2.

201 D'ALVIA, Daniele. **SPAC**: A Comparative Study Under US, Asia and Italian Corporate Framework. Soft Law vs. Hard Law. 6 ago 2014. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2476867>. Acesso em: 28 fev. 2021, p. 12.

202 KLAUSNER; OHLROGGE; RUAN, 2020, p. 7.

Somente detentores de *founder shares* recebem *warrants* inteiros; é necessário deter a integralidade do *warrant* para exercer o direito de adquirir a ação da SPAC.²⁰³

Os investidores que optarem por exercer o direito de subscrever ações com base nos *warrants* que detiverem deverão efetuar o pagamento pelas ações em dinheiro. Somente detentores de *founder shares* não precisam seguir a determinação de liquidação financeira: eles recebem o número de ações com base no valor justo de mercado, que equivale à diferença entre a cotação em bolsa e o preço do exercício do direito previsto no *warrant*. Exceto pela forma de liquidação e a proibição de resgate de *warrants* conferidos aos detentores de *founder shares*, os *warrants* detidos pelos detentores de *founder shares* e aqueles detidos pelos investidores possuem os mesmos termos e condições.²⁰⁴

3.1. O FUNCIONAMENTO DA SPAC

Considerando-se que a SPAC é uma companhia nova, sem histórico, sem operações, sem ativos ou receitas, com prazo determinado de funcionamento e sem empresa-alvo previamente selecionada, a sua atratividade depende principalmente de dois fatores: (i) a qualidade do *sponsor* e o time de executivos; e (ii) a estrutura de governança.

3.1.1. O "Sponsor"

Os investidores que participam da oferta inicial de distribuição de ações confiam que os administradores serão capazes de realizar uma combinação de negócios vantajosa para a SPAC. Não se trata de investimento com base no valor atual da companhia, mas na perspectiva futura de fusão ou aquisição, assim como qualquer investimento em *private equity*²⁰⁵.

Por este motivo, a experiência, a qualificação e a reputação do *sponsors* são decisivos para o sucesso da oferta inicial de ações da SPAC e sua *performance*²⁰⁶. Em vista destas características, a *Securities and Exchange Commission* alerta o público em geral que o

²⁰³ LAYNE et al., 2020, p. 08.

²⁰⁴ *Ibid*, p. 8.

²⁰⁵ Por outro lado, diferente das demais alternativas de investimento em *private equity*, a SPAC oferece o reembolso do valor pago pelas ações na oferta inicial antes da aquisição ou fusão com uma nova companhia. Para garantir o pagamento do reembolso ou mesmo o risco de perda do investimento, a SPAC mantém os recursos recebidos pelos investidores em uma conta *escrow*. O direito ao reembolso transforma o risco do sócio em risco puramente financeiro e torna o investimento em SPAC mais atraente e acessível ao público em geral, uma verdadeira "opção de graça" concedida ao investidor para ser exercida caso não concorde com a combinação de negócios pretendida pelo *sponsor* da SPAC.

²⁰⁶ Para se ter ideia da qualidade dos atuais *sponsors* atuando no mercado, vale citar: Softbank, Bill Ackman,

investimento em SPAC no momento da abertura de capital significa confiar e depender da atuação do time de administradores que formou a SPAC207.

Ainda assim, a dependência do investidor em relação ao *sponsor* é balanceada pela necessidade do *sponsor* de novas captações de recursos em outras SPACs. Não se trata de lançar uma SPAC e desaparecer do mercado. No entanto, a constituição de uma relação de longo prazo no mercado de capitais exige que o *sponsor* comprove a sua capacidade de realizar boas aquisições para cada uma das SPACs que constituir.

Vale destacar que o *sponsor* também assume o risco do investimento na SPAC ao suprir com capital próprio os custos de constituição e operacionalização – geralmente visando à futura oferta privada de suas ações e warrants; caso não haja aquisição, o *sponsor* perde o investimento feito.

A *trust account*, ou conta garantia, previne que o *sponsor* utilize os recursos captados para a SPAC de modo diferente do compromisso constante do prospecto de oferta pública. A quase totalidade dos recursos captados na oferta inicial são depositados na conta garantia, que somente poderá ser movimentada pelo *sponsor* na hipótese de: (i) aquisição de novo negócio; (ii) pagamento de reembolso de acionistas dissidentes; (iii) pagamento de custos diferidos de coordenadores da oferta inicial; e (iv) recursos remanescentes, cobertura de custos com a transação de de-SPAC ou capital de giro da companhia resultante da combinação de negócios208.

Se o investidor não concordar com a combinação de negócios pretendida pelo *sponsor*, poderá exercer o direito de reembolso do valor pago pelas ações na oferta inicial, acrescido de eventuais rendimentos auferidos enquanto os recursos ficaram depositados na conta-garantia. O investidor, portanto, decide se continua acionista da SPAC após a combinação de negócios ou se prefere resgatar os recursos mantidos em conta garantia de forma *pro rata*.

O *sponsor* sem ações ordinárias da mesma classe dos investidores não receberá recursos da distribuição *pro rata* da conta garantia, caso a combinação de negócios não seja feita pela SPAC durante o seu prazo de funcionamento. Previamente a qualquer aquisição pela SPAC, o *sponsor* geralmente é proibido de vender as suas ações no mercado secundário.

207 SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, 2020..

208 Geralmente os recursos da conta garantia são investidos em títulos públicos emitidos pelo governo estadunidense.

Indaga-se como alinhar os interesses do *sponsor* com os interesses dos investidores. Um dos fatores de atenção sempre foi a remuneração do *sponsor*, que tem a garantia de receber 20% das ações ordinárias emitidas pela SPAC. Dessa forma, além da pressão para realizar rapidamente uma operação societária de aquisição de companhia, o *sponsor* poderá lucrar mesmo que a aquisição feita pela SPAC não seja bem sucedida no futuro. Para contornar esta questão, o gestor Bill Ackman constituiu uma SPAC sem *founder shares*²⁰⁹. A falta de regulamentação das SPACs permite que o mercado desenvolva novas práticas e evolua na proteção conferida aos investidores. Além deste fato, quanto mais transparente seja a respeito dos incentivos conferidos ao *sponsor*, maior a confiança na estrutura da SPAC.

3.1.2. A Governança

As regras de governança usualmente aplicadas para SPACs visam principalmente a garantir proteções adequadas aos investidores, para que aceitem aplicar os seus recursos em uma companhia nova, sem ativos, receitas e operações, cujo único propósito é a aquisição de uma companhia.

Primeiramente, vale destacar a exigência de que o Conselho de Administração da SPAC seja composto majoritariamente por membros independentes, conforme estipulado nos regulamentos de listagem da NYSE e Nasdaq – admitidas exceções no período inicial da companhia. Como a SPAC é constituída pelo *sponsor* antes da abertura de seu capital, a eleição dos membros do Conselho de Administração costuma ser feita pelo *sponsor*; e somente os detentores de *founder shares* podem eleger membros para compor o Conselho de Administração até a transação de de-SPAC.

Outro aspecto importante refere-se ao prazo de duração. Todas as SPACs possuem um prazo de duração – se dentro deste prazo não ocorrer a combinação de negócios, a SPAC será liquidada. O prazo garante ao investidor o retorno do seu investimento caso não

209 Bill Ackman, gestor da Pershing Square, lançou uma SPAC cujos *sponsors* são dois fundos de investimento geridos por Bill Ackman, em Julho de 2020 e que captou 4 Bilhões de dólares na oferta inicial. Essa SPAC trouxe termos diferentes daqueles usualmente praticados no mercado. Além dos recursos captados com a oferta inicial, a Pershing Square comprometeu-se a adquirir entre 1 a 3 bilhões de dólares em *units* da SPAC, assegurando volume de capital suficiente para a combinação de negócios. Outro dado interessante é que a SPAC pretende adquirir uma participação minoritária de uma empresa privada cujo valor de mercado seja igual ou maior a 10 Bilhões de dólares. (ANTHONY, Christopher; SLUTZKY, Steven J. Bill Ackman and Pershing Square Launch Largest SPAC To Date: A Harbinger of Things to Come? **Debevoise Update**. 24 jul. 2020. Disponível em: <https://www.debevoise.com/insights/publications/2020/07/bill-ackman-and-pershing-square-launch-largest>. Acesso em: 5 mar. 2021).

haja transação entre a SPAC e um novo negócio, e pressiona o *sponsor* a atuar rapidamente.²¹⁰

Os recursos captados durante a oferta inicial devem ser depositados em uma conta garantia e, de acordo com as regras de listagem na NYSE ou Nasdaq, no mínimo 80% dos recursos deverão ser utilizados pela SPAC para a aquisição do novo negócio, em caso contrário, os recursos deverão ser devolvidos aos investidores²¹¹.

A combinação de negócios pretendida pela SPAC dependerá da aprovação de seus acionistas, conforme o caso. Segundo as regras de listagem da NYSE e Nasdaq, se: (i) a SPAC for incorporada; (ii) sua sede for transferida para outra jurisdição; ou (iii) mais de 20% das ações com direito a voto forem emitidas pela SPAC na transação de de-SPAC; então a maioria dos acionistas deverá aprovar a operação. É comum que o *sponsor* e os detentores de founder shares comprometam-se a votar favoravelmente à transação de de-SPAC no momento da abertura de capital da SPAC; o que significa que 20% das ações da SPAC estão vinculadas a aprovar a operação. Ainda assim, o controle do desfecho da fusão ou aquisição pretendida pela SPAC permanece com os investidores.

A abertura de capital da SPAC exige a observância do princípio do *full and fair disclosure*, regulamentado pela *Securities and Exchange Commission*. A oferta de ações no mercado impõe à SPAC a obrigação de registrar um prospecto no formato do Formulário S-1, que traz os detalhes da oferta, a destinação dos recursos provenientes da oferta, os fatores de risco, o histórico do *sponsor*, os direitos conferidos aos detentores das ações ofertadas e os contratos celebrados com o *sponsor*, dentre outras informações relevantes, para que os investidores possam tomar a decisão de investimento.

Em vista da característica embrionária da companhia, a *Securities and Exchange Commission* permite que a SPAC divulgue as suas demonstrações financeiras após a oferta pública (Formulário 8-K) para comprovar que os seus ativos ultrapassam o valor de US\$5 milhões e, dessarte, o procedimento previsto pela *Rule 419* não seja aplicável. Segundo Heyman, a SPAC é utilizada para evitar os dispositivos da *Rule 419* sem, contudo, desvirtuar o propósito da referida regra, pois costuma ser estruturada de modo a garantir proteção suficiente aos investidores.²¹²

²¹⁰ Esse prazo costuma ser de 24 meses contados da data da oferta inicial. Vide MOELLER, 2017, p. 13.

²¹¹ Dispositivo ("provision") 102.6 do "Listing Company Manual" da New York Stock Exchange.

²¹² No texto original: "*The SPAC is, after all, an entity specifically structured to avoid regulation in an area that has been specifically regulated through Rule 419. The SPAC is allowed to continue because it is structured to provide sufficient investor protection so that the purpose of Rule 419 is served even while the SPAC itself remains outside the scope of the rule.*" (HEYMAN, D. K. (2007). From Blank Check to SPAC: The Regulator's

Concluídas as negociações com a companhia de interesse da SPAC, os acionistas serão convocados para deliberar a respeito da operação. Neste caso, as regras para o pedido de procuração pública para a representação dos acionistas em assembleia serão aplicáveis e a SPAC deverá seguir o rito imposto pela *Securities and Exchange Commission*. No material preparado pela administração da SPAC devem constar as demonstrações financeiras da companhia que será adquirida pela SPAC, dentre outras informações relevantes, como o eventual necessidade de financiamento da transação, o potencial conflito de interesses do *sponsor* e do conselho de administração, os interesses da instituição intermediária contratada pela SPAC, conforme orientado pela *Securities and Exchange Commission* no *CF Disclosure Guidance Topic 11*, de 22 de dezembro de 2020.

Os acionistas que dissentirem da proposta de combinação de negócios poderão exercer o direito de reembolso pelo preço de US\$10 (ou qualquer outro preço por ação no momento da abertura de capital), acrescidos dos juros incorridos durante o tempo em que os recursos ficaram em conta garantia, mas podem permanecer com os *warrants*, a serem exercidos a qualquer tempo por seus detentores. Assim, além de dispender recursos para pagar os acionistas dissidentes, geralmente a SPAC busca captar recursos para compensar o dispêndio com o reembolso dos acionistas e garantir capital de giro suficiente para a companhia que será adquirida.

O levantamento feito por Klausner, Ohlrogge e Ruan verificou que a média de pedidos de resgate foi de 73% no ano de 2020. Para suprir os recursos pagos aos acionistas dissidentes, 77% das SPACs captaram recursos com outros investidores, *sponsor* ou ambos. Uma saída adicional encontrada pelos *sponsors* é o pagamento à parte, para que os acionistas não exerçam o direito de recesso²¹³.

3.2. VANTAGENS E DESVANTAGENS DA SPAC

A SPAC evoluiu para proporcionar um balanço interessante entre a proteção aos investidores e a ferramenta de aquisição de companhias. O crescimento da quantidade de SPACs listadas no mercado estadunidense foi acompanhado pelo ingresso de grandes investidores institucionais e renomados executivos envolvidos neste novo universo. A SPAC foi finalmente consagrada como uma alternativa eficaz ao *IPO*²¹⁴.

Response to the Market, and the Market's Response to the Regulation. **Entrepreneurial Business Law Journal**, 2, p. 541).

213 KLAUSNER; OHLROGGE; RUAN, 2020, p. 15.

214 Sigla em inglês para *Initial Public Offering*, que significa oferta pública inicial de distribuição de ações.

Do ponto de vista dos investidores, a SPAC é um produto atraente: viabiliza o acesso a transações de *private equity* sem a necessidade de permanecer por longos ciclos de investimento, ainda que suportando a incerteza do sucesso do empreendimento e da atuação do *sponsor*. O investidor pode vender as ações da SPAC em bolsa, exercer o direito de resgate no momento da aquisição de um novo negócio ou permanecer como acionista, apostando em uma maior valorização do investimento com o novo empreendimento. Diferentemente de uma ação comum, o investidor conta com um capital garantido até o momento da combinação de negócios ou liquidação da SPAC.

Por outro lado, a falta de regulamentação da SPAC torna-a um veículo fluido, que acompanha a evolução da prática de mercado. Apesar de frequentemente se observar SPACs seguindo um mesmo formato (tipo societário, prazo de duração, remuneração do *sponsor*, classes de ações, *warrants*, conta garantia, etc), a incerteza a respeito das suas características impede que o investidor preveja com clareza o desempenho do produto ou a sua adequação.

Certamente existe um incentivo para que as SPACs ofereçam proteções parecidas aos investidores, o que não impede que os *sponsors* constituam SPACs com características incomuns. Devido a este motivo, o investidor deverá analisar cuidadosamente os documentos divulgados por cada SPAC previamente à tomada de qualquer decisão.

Kurt Chauviere e Tao Tan, em relatório para a McKinsey & Company publicado em setembro de 2020, informaram que desde 2015 a valorização das ações da maioria das SPACs ficou aquém dos seus índices de mercado um ano após a combinação de negócios. Os autores também observaram que as SPACs que direcionaram-se em oposição a esta tendência seguiram a mesma receita: mantiveram na liderança (como presidente do Conselho de Administração ou CEO) pessoas com experiência prévia como executivos. A avaliação dos referidos autores confirma que a escolha da liderança tem um impacto profundo no sucesso da SPAC²¹⁵.

Uma forma adicional de ampliar os ganhos para os investidores e a companhia a ser adquirida é por intermédio da aquisição de ações da SPAC em transação privada para ajudar a financiar a combinação dos negócios (operação denominada PIPE, ou *public investment in private equity*). Segundo Barlow et al., atualmente as operações de captação de recursos via PIPE são maiores do que pela oferta inicial da SPAC. Diante do crescimento do mercado de PIPE, as SPACs têm acesso a mais dinheiro para efetuar a combinação de negócios, proporcionando maior liquidez para os acionistas da companhia a ser adquirida e sem o desvantagem da diluição que o *sponsor promote* traz para os acionistas da SPAC.

215 CHAUVIERE; TAN, 2020, p. 4.

Para a companhia fechada, a SPAC é uma alternativa mais segura e rápida do que a listagem direta em bolsa, pois: (i) evita o risco de volatilidade de mercado que assombra o lento processo de oferta inicial de distribuição pública de ações; e (ii) possibilita uma avaliação mais acurada e vantajosa do que o IPO comum²¹⁶.

4 A NECESSIDADE URGENTE DE AMPLIAR O ACESSO A INVESTIMENTOS PRIVADOS NO BRASIL

Os investidores de varejo têm um papel relevante no desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro. Apesar desta relevância, este segmento ainda não foi capaz de exercer plenamente todo o seu potencial no sistema financeiro.

De acordo com os dados divulgados pela ANBIMA, relativamente ao ano de 2020, o volume financeiro acumulado por pessoas físicas atingiu R\$ 3,7 trilhões, dos quais 42,9% foram investidos em cadernetas de poupança; se considerar-se os investimentos em CDBs, esse percentual aumenta para aproximadamente 56%. A aplicação em ações de companhias abertas alcançou R\$125 bilhões e o valor aplicado em fundos de investimento regidos pela Instrução CVM nº. 555, foi de R\$ 557 bilhões (dos quais 63% foi investido em fundos de renda fixa).

A caderneta de poupança é o produto financeiro mais atraente (ou usado) para a maioria dos brasileiros. Trata-se de uma opção conservadora, acessível, líquida, isenta do imposto de renda, fácil para acompanhar e com menos risco do que outras opções de investimento. Por outro lado, a opção mais simples ou mais fácil também pode indicar a debilidade da cidadania financeira no País.²¹⁷

Para reverter este cenário e garantir o avanço do Brasil na promoção da cidadania financeira de sua população, o Banco Central brasileiro apontou algumas rotas, dentre as quais, a necessidade de maior atenção ao acesso a serviços financeiros que sejam adequados às necessidades de cada cidadão – o *suitability*. A independência financeira e a estrutura básica para que as pessoas sejam capazes de tomar decisões de investimento adequadas às suas necessidades refletem os pilares que sustentam o sistema financeiro

216 A instituição responsável pela avaliação da companhia que pretende listar as suas ações em bolsa geralmente apresenta uma faixa com os preços por ação mínimo e máximo e que pode apresentar um valor inferior ao que o mercado estaria disposto a pagar.

217 Cidadania financeira é definida pelo Banco Central do Brasil como o "*exercício de direitos e deveres que permite ao cidadão gerenciar bem seus recursos financeiros*". Cf. BANCO CENTRAL DO BRASIL. **O que é cidadania financeira?** Definição, papel dos atores e possíveis ações". Brasília: Banco Central do Brasil, 2018, p. 29. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/Informacoes_gerais/conceito_cidadania_financeira.pdf. Acesso em: 20. mar. 2021.

nacional: a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e o cuidado com os interesses da coletividade (art. 192, da Constituição da República).

Assegurar a proteção dos investidores de varejo por meio do processo de *suitability* ganhou diferentes contornos nas principais economias mundiais. De acordo com pesquisa divulgada pela *International Organization of Securities Commission* – IOSCO, em 2013, a maioria dos Estados participantes estabelecem regras de conduta para que os intermediários colem informações sobre produtos e clientes e avisos de que certos produtos podem não ser adequados para um determinado segmento. Algumas jurisdições optaram por proibir ou restringir a recomendação de produtos financeiros complexos para investidores de varejo²¹⁸.

No Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários não permite que instituições autorizadas a atuar como integrantes do sistema de distribuição e consultores de valores mobiliários recomendem produtos, realizem operações ou prestem serviços sem verificar previamente a sua adequação ao perfil do cliente (art. 1º. da Instrução CVM nº. 539, de 2013). Cumpre aos intermediários conferir se o produto, serviço ou operação é: (i) adequado aos objetivos de investimento do cliente; (ii) compatível com a situação financeira do cliente; e (iii) compreensível pelo cliente (ou seja, se o cliente apresenta conhecimento suficiente para entender os riscos)²¹⁹.

O investimento em companhias de capital fechado por meio do mercado de capitais é classificado como investimento de alto risco pela CVM, a ponto de levar a autarquia a proibir a distribuição de cotas de fundos de investimento em participações para investidores que não sejam qualificados ou profissionais, nos termos da Instrução CVM nº. 578.220

Diante desta restrição, as opções mais comuns que restam para as pessoas físicas do segmento de varejo investirem em companhias fechadas são: (i) a aquisição de ações

218 INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSION - IOSCO. **Suitability Requirements With Respect To the Distribution of Complex Financial Products.** jan./ 2013, p. 7. Disponível em: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD400.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2021.

219 Art. 2º da Instrução CVM n. 539, de 13 de novembro de 2013.

220 De acordo com Timothy Spangler, essa mesma restrição foi imposta nos Estados Unidos e no Reino Unido como contrapartida para manter a indústria de "*private investment funds*" fora da regulamentação que pesa sobre fundos de investimento ofertados ao público em geral. Enquanto no Reino Unido o administrador do "*private investment fund*" não buscará autorização para o funcionamento do fundo, a regulamentação norte-americana prevê exceções para "*private investment funds*", mirando circunstâncias em que as pessoas envolvidas são sofisticadas ou pelo alcance limitado das atividades que serão realizadas. Cf. SPANGLER, Timothy. **The law of private investment funds.** Oxford, 2012, p. 27.

de gestoras de *venture capital* e *private equity* listadas em bolsa (exposição financeira ao setor); (ii) o crowdfunding (plataforma eletrônica de investimento participativo)²²¹; e (iii) a aquisição direta de ações ou cotas em empreendimentos escolhidos por conta própria.

Pergunta-se se a institucionalização do mercado de capitais é benéfica para o seu funcionamento. É possível afirmar que a predominância de investidores institucionais torna a formação de preços mais precisa ou possibilita a evolução da governança corporativa das empresas investidas? Segundo Alicia Davis Evans, a resposta é negativa para todas as perguntas anteriores:

There is reason to believe that this idealization is unfounded. First, there is evidence that the presence of retail investors *enhances* market efficiency. This suggests that eliminating the participation of individual investors could have far-reaching implications for market functioning. Second, as discussed briefly above, though institutional investors have the capacity to serve as effective corporate monitors, many fail to do so. Thus, one could argue that the institutionalization of securities markets has done little, if anything, to improve corporate governance in the United States.²²²

O mercado financeiro permite que o investidor de varejo acumule riqueza, financie projetos pessoais, forme a sua aposentadoria e proteja o seu patrimônio de riscos externos. De certa forma, o mercado disponibiliza os meios para que o investidor de varejo alcance a sua independência financeira – seja protegendo ou transformando a sua realidade.

Registra-se que: os Estados mais desenvolvidos conferem maior efetividade aos direitos do investidor: segundo Haidar, o nível de proteção conferido aos investidores

²²¹ A captação de recursos por *crowdfunding* é feita mediante oferta pública de distribuição de valores mobiliários dispensada de registro e realizada por meio de plataforma eletrônica de investimento participativo, nos termos da Instrução CVM n. 588, de 2017. Apenas sociedades empresárias brasileiras de pequeno porte (aquelas com receita bruta anual de até R\$ 10 Milhões) estão autorizadas a emitir valores mobiliários nos termos da referida instrução.

²²² Tradução livre do texto original em inglês: “Há razões para acreditar que essa idealização é infundada. Em primeiro lugar, há evidências de que a presença de investidores de varejo aumenta a eficiência do mercado. Isso sugere que a eliminação da participação de investidores que sejam pessoas físicas pode ter implicações de longo prazo para o funcionamento do mercado. Em segundo lugar, conforme discutido brevemente acima, embora os investidores institucionais tenham a capacidade de atuar como monitores corporativos eficazes, muitos não o fazem. Assim, pode-se argumentar que a institucionalização dos mercados de valores mobiliários pouco ou nada fez para melhorar a governança corporativa nos Estados Unidos” (EVANS, Alicia Davis. A requiem for the retail investor? (2009). *Virginia Law Review*, v. 95, n. 4, 2009, p. 1116. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2701407>. Acesso em 22 mar. 2021).

impacta na diferença de crescimento do PIB entre os Estados. O autor demonstra em seu estudo que os Estados contendo proteções mais robustas aos investidores tendem a apresentar um crescimento de PIB mais rápido do que os Estados que protegem debilmente os seus investidores.²²³

A regulação do segmento de varejo traz em si o desafio constante de proteger o investidor e promover o desenvolvimento do mercado. A forma como o regulador olha e define o referido segmento impacta e interfere diretamente na liberdade de escolha do investidor e na livre iniciativa.

Se, por um lado, a restrição ao acesso a alternativas de investimento sem liquidez e mais complexas facilitam a proteção de investidores que não tenham educação financeira suficiente para entender os riscos dos produtos que lhes são oferecidos, por outro, impõe aos investidores um leque menor de ativos financeiros, tornando mais difícil a construção de um portfólio ótimo, que apresente menor risco e boa rentabilidade.²²⁴

A proteção aos investidores é uma atribuição pública típica, conferida à Comissão de Valores Mobiliários. Mas a intervenção estatal para garantir esta proteção não é plena e nem ilimitada. É restrita ao interesse público e aos termos da lei que a instituiu.²²⁵

De fato, há uma distância entre a proteção ao investidor e o paternalismo regulatório, que passou a permear a regulação do segmento de varejo, especialmente influenciadas: (i) pela evolução da economia comportamental; (ii) pelo comprometimento

223 HAIDAR, Jamal I. Investor protections and economic growth. **Economic Letters**, 2009, v. 103, p. 1-4, p. 1.

224 Muito além da sabedoria popular de não colocar todos os ovos na mesma cesta, a diversificação ensinada por Markowitz, criador da teoria moderna do portfólio, trata da combinação eficiente de ativos para reduzir o risco do portfólio sem sacrificar a rentabilidade. Quanto menor a correlação entre os ativos, menor o risco do portfólio. Mas para construir o portfólio, não basta investir em diversos ativos. É necessário evitar o investimento em ativos com alta covariância (ou correlação) entre eles. A esse respeito, ver: FRANCIS, Jack C.; KIM, Dongcheol. **Modern Portfolio Theory: Foundations, Analysis, and New Developments**. John Wiley & Sons, 2013, p. 38.

225 A respeito do tratamento regulatório conferido a investidores qualificados e comuns, Arnaldo Wald conclui que o "*ideal é que se procure alcançar o equilíbrio entre interesses econômicos das partes e a proteção jurídica que o Estado lhes deve assegurar*". Cf. WALD, Arnaldo. O Investidor qualificado no mercado de capitais brasileiro. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, a. 9, n. 32, p. 15-34, 2006.

estatal de endereçar falhas de mercado; e (iii) pela necessidade de viabilizar a tomada de decisão informada do investidor de varejo.²²⁶

A intervenção estatal que limita a oferta de produtos financeiros para investidores de varejo parece excessiva, especialmente diante da heterogeneidade dos investidores de varejo. A proibição ampla, sem considerar as particularidades dos diversos grupos que compõem o segmento de varejo, revela uma política regulatória eternamente incapaz de ser ajustada a todos os tipos de investidores deste segmento.

Moloney ensina que, tanto na Europa quanto no Reino Unido, a proteção ao investidor tem movido o debate político a direcionar a intervenção estatal à formação de poupança em mercado. O Autor ensina que, nesta trajetória: (i) é imperativo que a regulação foque na diversificação como forma de mitigar o risco de mercado (a este respeito, o envolvimento com produtos alternativos pode ser útil, observada a estruturação do produto e a resiliência das estruturas de distribuição e assessoria); (ii) a mistura cuidadosa entre medidas para a oferta e a demanda, juntamente com estratégias para *empoderamento* e construção da confiança do investidor, é necessária para traçar um regime que enfrente as vulnerabilidades do investidor de varejo e aperfeiçoe o seu processo de decisão de investimento.²²⁷

5 A ADEQUAÇÃO DA SPAC AO MERCADO DE CAPITAIS BRASILEIRO

Não há no Direito brasileiro um tipo societário perfeitamente idêntico à SPAC. No entanto, esta lacuna não significa que o propósito negocial representado pela SPAC seja impraticável no Brasil.

Conforme anteriormente explanado, a SPAC é uma sociedade não operacional, constituída exclusivamente para viabilizar a aquisição de uma ou mais sociedades mercantis, mediante a oferta pública de distribuição de ações no mercado. O seu único propósito é a aquisição de uma ou mais sociedades. Se este objetivo não for alcançado no prazo instituído por seu *sponsor*, a sociedade será dissolvida; caso haja combinação de negócios, a SPAC passará por uma reorganização societária com a sociedade adquirida, de modo que a sociedade resultante absorva a SPAC e passe a ser a companhia com as ações listadas em bolsa.

O fim jurídico buscado pelos idealizadores da SPAC depende da constituição de uma sociedade – tanto no sistema jurídico estadunidense quanto no ordenamento

²²⁶ No sentido ensinado por Anthony Ogus.

²²⁷ Cf. MOLONEY, Niamh. How to Protect Investors: Lessons from the EC and the UK. **International Corporate Law and Financial Market Regulation**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 65; 91.

brasileiro. Busca-se formar um patrimônio separado do patrimônio de seus sócios, mediante a captação pública de recursos e conferir-lhe autonomia para que, em conjunto com o serviço prestado pelo *sponsor* (fundador), a sociedade adquira uma ou mais sociedades dentro de certo prazo.

Neste sentido, Comparato ensina que:

Toda pessoa jurídica é criada para o desempenho de funções determinadas, gerais e especiais. A função geral da personalização de coletividades consiste na criação de um centro de interesses autônomo, relativamente às vicissitudes que afetam a existência das pessoas físicas que lhe deram origem [...]. As funções específicas variam, conforme as diferentes categorias de pessoa jurídica [...].²²⁸

O patrimônio titularizado pela pessoa jurídica deverá ser utilizado para a aquisição de companhias de capital fechado; o *Sponsor* e os investidores reúnem recursos com o fim de participar dos resultados da atividade que será explorada pela sociedade.

A expectativa do *sponsor* ao abrir o capital da sociedade é trazer investidores para contribuir com capital e não com serviços – afinal, a administração será feita pelo *sponsor*. Não se trata, portanto, de uma sociedade *intuitu personae*, mas uma sociedade de capital.

Importa o registro a respeito da possível aplicação do princípio da *affectio societatis* para a SPAC brasileira, devido ao significado deste conceito na jurisprudência brasileira. Segundo o Min. Ricardo Villas Bôas Cueva:

A condição para se admitir a existência de uma sociedade é a configuração da *affectio societatis* (que não se confunde com a *affectio maritalis*) e a integralização de capital ou a demonstração de prestação de serviços. Tais requisitos são basilares para se estabelecer qualquer vínculo empresarial.²²⁹

A *affectio societatis* é, portanto, considerada elemento constitutivo do contrato de sociedade e, conforme se depreende da jurisprudência do STJ, requisito para a

228 COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 356.

229 BRASIL. REsp 1.706.812-DF, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, por unanimidade, julgado em 3 set. 2019, DJe 6 set. 2019.

continuidade da existência do contrato de sociedade. O Min. Moura Ribeiro, em caso referente à dissolução parcial de sociedade anônima, asseverou que:

Nesses casos, o rompimento da *affectio societatis* representa verdadeiro impedimento a que a companhia continue a realizar o seu fim social, motivo que levou a Segunda Seção a adotar a orientação de que é possível a dissolução parcial da sociedade anônima de capital fechado.²³⁰

De outro lado, Valladão e Adamek defendem a superação deste conceito. Os Autores ensinam que a *affectio societatis* não é um elemento essencial autônomo ou espécie de consentimento diferente da celebração de qualquer negócio jurídico; não pode ser considerado elemento essencial para a continuidade da sociedade, pois a inexistência da vontade de permanecer sócio não interfere na sociedade. O principal elemento que norteia a sociedade é o fim social, que conforma e harmoniza as manifestações de vontade dos sócios.²³¹

Comparato não desconsidera a *affectio societatis*, mas ensina que a verdadeira manifestação deste princípio é encontrada nas companhias com acionistas que realmente cooperam, ao invés de atuarem como meros investidores, definindo-a da seguinte forma:

A *affectio societatis* é, portanto, não um elemento exclusivo do contrato de sociedade, distinguindo-o dos demais contratos, mas um critério interpretativo dos deveres e responsabilidades dos sócios entre si, em vista do interesse comum. Quer isto significar que a sociedade não é a única relação jurídica marcada por esse estado de ânimo continuativo, mas que ele comanda, por esse estado de ânimo continuativo, mas que ele comanda, na sociedade, uma exacerbação do cuidado e diligência próprios de um contrato *bona fide*.²³²

O que se vislumbra na SPAC é a congregação de acionistas puramente capitalistas, interessados no investimento e não em colaborar efetivamente na condução dos negócios

230 BRASIL. EREsp 1.079.763/SP, Segunda Seção, DJe 6/9/2012; EREsp 111.294/PR, Segunda Seção, DJe 10/9/2007)." (REsp 1.321.263-PR, Rel. Min. Moura Ribeiro, por unanimidade, julgado em 6/12/2016, DJe 15/12/2016).

231 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. "Affectio societatis": um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social. In: **Direito societário contemporâneo**[S.l.: s.n.], 2009, p. 140-143.

232 COMPARATO, Fabio Konder. **Novos ensaios e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 39.

da companhia, cabendo esta função somente ao *sponsor* (sócio fundador), razão pela qual não se deveria exigir *affectio societatis* em um SPAC brasileira.

Esta empreitada será coletivamente subsidiada pelos investidores, para que o *sponsor* administre-a com o fim de realizar o seu objeto.²³³

A atividade exercida pela sociedade terá característica empresarial. Ainda que destinada a praticar um determinado negócio, persiste a caracterização da atividade econômica, conforme previsto no parágrafo único, do art. 981, do Código Civil. Aliás, sob este conceito, há a sociedade de propósito específico.

A respeito da atividade econômica percebida em uma SPAC, verifica-se que o seu objeto é a realização de um negócio previamente determinado: a aquisição de companhia(s) escolhida(s) pelo *sponsor* durante o prazo de duração da sociedade. Nesta mesma linha há a sociedade de propósito específico (SPE).

De acordo com Lamy e Bulhões, a SPE, do inglês *special purpose company*, tem como objeto realizar um determinado negócio, empreendimento ou operação financeira, constituída com o propósito de formar um patrimônio separado, integrado somente por direitos e obrigações relacionados ao respectivo negócio, empreendimento ou operação financeira. A SPE não é um tipo societário autônomo²³⁴; sua constituição depende da utilização de um dos tipos societários existentes.

O tipo societário comumente utilizado na constituição de SPEs é a sociedade anônima, podendo ter o capital aberto ou fechado, sendo a sua principal particularidade a limitação do fim e do objeto social.²³⁵

A este respeito, Tavares Borba esclarece que “o propósito específico não altera a natureza da sociedade, apenas reduz e delimita o seu campo de atuação e, normalmente, o seu tempo de vida”.²³⁶ Trata-se de um planejamento empresarial para proteger os

233 Ainda valendo das lições de Comparato, a causa para a constituição de sociedades deve ser analisada genericamente e especificamente. Genericamente, a causa diz respeito à separação patrimonial cujos ativos e passivos não se confundem com os direitos e obrigações dos sócios. E, especificamente, a separação patrimonial visa à consecução do objeto social. (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 305.

234 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito empresarial**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 239.

235 LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, Jose Luiz. **Direito das Companhias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 113.

236 BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 491.

sócios de responsabilidade pessoal por dívidas da sociedade e delimitar os riscos do empreendimento.

Observa-se que o ordenamento jurídico brasileiro permite: (i) a constituição de uma sociedade de propósito específico; (ii) sob a forma de sociedade anônima de capital aberto; (iii) cujo objeto social estipule a aquisição de uma ou mais sociedades, a critério dos sócios fundadores em determinado prazo (cujo descumprimento ensejará a sua dissolução); (iv) capital social dividido em ações ordinárias, com limitação ao número de votos de cada acionista para impedir a descaracterização da companhia; (v) autorização estatutária para a atribuição de bônus de subscrição de ações para os investidores que participarem da abertura de capital pelo preço do IPO; (vi) previsão de capital autorizado para a emissão de ações em programa de incentivo de opção de ações para os acionistas fundadores e administradores; (vii) previsão de direito de recesso para os detentores de ações preferenciais pelo preço de emissão das ações na oferta pública inicial e juros, conforme contra *escrow*; e (viii) previsão estatutária a respeito da destinação dos recursos captados na oferta pública inicial para a conta *escrow* e a proibição de utilização desses recursos (salvo para a aquisição de companhia, liquidação da SPAC e observado o valor necessário para pagar o reembolso dos acionistas dissidentes).

Em relação ao registro da oferta pública de distribuição de ações para a abertura de capital, estar-se-ia diante de uma companhia pré-operacional (conforme definição contida no parágrafo 3º, do art. 32-A, da Instrução CVM nº. 400) e, por este motivo, a negociação dos valores mobiliários somente estaria autorizada para os investidores qualificados, conforme disposto no parágrafo 1º, do art. 32-A, da Instrução CVM nº. 400.

A CVM também estabelece que os pedidos de registro de ofertas públicas de distribuição de valores mobiliários de emissora em fase pré-operacional deve ser instruído com o estudo de viabilidade econômico-financeira, algo que não faz sentido para uma SPE constituída no formato de uma SPAC, cujos fundadores ainda não sabem qual a empresa a adquirir. As informações do prospecto também deveriam ser adaptadas para este tipo de companhia para trazer mais detalhes sobre a experiência dos fundadores, os direitos dos investidores, os detalhes sobre a instituição financeira responsável pela conta *escrow*, os fatores de risco específicos para este tipo de empreendimento – inclusive o risco de que o *sponsor* não encontre uma companhia interessante para ser adquirida.

Outro aspecto importante que merece destaque refere-se a restrição da oferta somente para investidores qualificados. Esta vedação descaracteriza a SPAC, que é um veículo de investimento mais atraente para o investidor de varejo pela garantia do recebimento dos recursos em prazo relativamente curto, caso não concorde com a combinação de negócios proposta pelo *sponsor*. Naturalmente que se a maioria dos investidores exercerem o direito de recesso, é possível que a SPE não tenha condições de fazer a aquisição, restando sempre a possibilidade de financiamento via oferta privada de

ações ou algum outro tipo de investimento por outros participantes de mercado ou investidores institucionais. Ainda assim, a principal vantagem da SPAC é tornar o mercado de *private equity* acessível ao investidor de varejo e esta característica deve ser mantida como forma de garantir mais opções de investimento e diversificação para o investidor comum.

6 CONCLUSÃO

Buscou-se mostrar como funciona a estrutura de uma SPAC no Direito estadunidense para trazer, ao final, uma comparação com o estágio atual do Direito brasileiro e como uma SPAC poderia, *lege lata*, ser aplicada ou usada no Brasil. Contudo, há a expectativa de que as autoridades reguladoras brasileiras partam para a *lege ferenda* e perscrutem (i) aprimorar as regras para prever especificamente a SPAC brasileira, na forma de SPE com duas classes de ações, nominativas; (ii) com *sponsor investment* e *escrow accounts* para proteger investidores; (iii) que permita o acesso a essas companhias para investidores que os distribuidores entendam como conhecedores dos riscos; e (iv) com Conselho Independente; além de (v) responsabilização civil, administrativa e penal para os *sponsors* que violarem as regras, como forma de permitir a ampliação do mercado de capitais brasileiros com acesso àqueles que, querendo e hoje vendo o seu valor do *dinheiro* minguar em poupança, possam formalmente acessar um instrumento com balanço de riscos e recompensas.

Não se desconhece que muitos têm visto nas SPACs um risco exacerbado ou uma bolha, e que a Securities and Exchange Commission iniciou *fact finding review* sobre as SPAC. Mas certamente se busca que nas regras que vierem a ser editadas ao utilizar a experiência estrangeira, possa-se, ou melhor possam as autoridades regulatórias fechar eventuais espaços legislativos não positivos e dar espaço econômico para os investidores que, conhecendo os riscos, possam ter interesse em fazer o seu dinheiro valer mais, sabendo que a forma jurídica adequada foi desenhada pela autoridade regulatória.

REFERÊNCIAS

ANTHONY, Christopher; SLUTZKY, Steven J. Bill Ackman and Pershing Square Launch Largest SPAC To Date: A Harbinger of Things to Come? **Debevoise Update**. 24 jul. 2020. Disponível em: <https://www.debevoise.com/insights/publications/2020/07/bill-ackman-and-pershing-square-launch-largest>. Acesso em: 5 mar. 2021.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **O que é cidadania financeira?** Definição, papel dos atores e possíveis ações. Brasília: Banco Central do Brasil, 2018. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/Informacoes_gerais/conceito_cidadania_financeira.pdf. Acesso em: 20. mar. 2021.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

BROWNSTEIN, Andrew R.; NUSSBAUM, Andrew J.; KIRMAN, Igor. The Resurgence of SPACs: Observations and Considerations. **Harvard Law School Forum on Corporate Governance**. 22 ago. 2020. Disponível em:

<https://corpgov.law.harvard.edu/2020/08/22/the-resurgence-of-spacs-observations-and-considerations/>. Acesso em: 27 fev. 2021.

CHAUVIÈRE, Kurt; TAN, Tao. **Earning the premium**: A recipe for long-term SPAC success. McKinsey & Company. New York, set./2020. Disponível em:

[https://www.mckinsey.com/~media/McKinsey/Industries/Private Equity and Principal Investors/Our Insights/Earning the premium A recipe for long term SPAC success/Earning-the-premium-A-recipe-for-long-term-SPAC-success.pdf](https://www.mckinsey.com/~media/McKinsey/Industries/Private%20Equity%20and%20Principal%20Investors/Our%20Insights/Earning%20the%20premium%20A%20recipe%20for%20long%20term%20SPAC%20success/Earning-the-premium-A-recipe-for-long-term-SPAC-success.pdf). Acesso em: 6 mar. 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. **Novos ensaios e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

D'ALVIA, Daniele. **SPAC**: A Comparative Study Under US, Asia and Italian Corporate Framework. Soft Law vs. Hard Law. 6 ago 2014. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2476867>. Acesso em: 28 fev. 2021.

EVANS, Alicia Davis. A requiem for the retail investor? (2009). **Virginia Law Review**, v. 95, n. 4, 2009, p. 1116. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2701407>. Acesso em 22 mar. 2021.

EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. **Mercado de capitais – regime jurídico**. 3. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. "Affectio societatis": um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social. In: **Direito societário contemporâneo**[S.l: s.n.], 2009, p. 140-143.

FRANCIS, Jack C.; KIM, Dongcheol. **Modern Portfolio Theory**: Foundations, Analysis, and New Developments. John Wiley & Sons, 2013.

Haidar, Jamal I. Investor protections and economic growth. **Economic Letters**, 2009, v. 103.

HEYMAN, D. K. (2007). From Blank Check to SPAC: The Regulator's Response to the Market, and the Market's Response to the Regulation. **Entrepreneurial Business Law Journal**, 2.

INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSION - IOSCO. *Suitability Requirements With Respect To the Distribution of Complex Financial Products*. jan./ 2013, p. 7. Disponível em: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD400.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2021.

KLAUSNER, Michael D. and OHLROGGE, Michael and RUAN, Emily. A Sober Look at SPACs out./ 2020. **Stanford Law and Economics Olin Working Paper** n. 559, NYU Law and Economics Research Paper n. 20-48, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3720919> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3720919>. Acesso em: 2 mar. 2021, p. 7.

LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, Jose Luiz. **Direito das Companhias**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LAYNE, Ramey; et al.. Special Purpose Acquisition Companies: An Introduction. **Harvard Law School Forum on Corporate Governance**. 6 jul. 2018. Disponível em: <https://corpgov.law.harvard.edu/2018/07/06/special-purpose-acquisition-companies-an-introduction/>. Acesso em: 27 fev. 2021.

MARKHAM, Jerry W. **A Financial History of the United States**: From Christopher Columbus to the Robber Barons (1492-1900). v. 1. ME Sharpe, 2002.

MOELLER, Axel. **Alternative Initial Public Offering Models**: The Law and Economics Pertaining of Shell Company Listings on German Capital Markets. V. 368. Mohr Siebeck, 2017

MOLONEY, Niamh. How to Protect Investors: Lessons from the EC and the UK. **International Corporate Law and Financial Market Regulation**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

PERLBERG, Heather et al. SPAC Listings Slow to a Crawl With Bankers Buried in Paperwork. **Bloomberg L.P.** 31 mar. 2021. Deals. Disponível em: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-03-31/spac-listings-slow-to-a-crawl-with-bankers-buried-in-paperwork>. Acesso em: 31 mar. 2021.

PINEDO, Anna T. et al. **What's the Deal?** – Special Purpose Acquisition Companies. 10 ago. 2020. Disponível em: <https://www.mayerbrown.com/en/perspectives-events/publications/2020/08/whats-the-deal-special-purpose-acquisition-companies>. Acesso em: 2 mar. 2021.

RAMKUMAR, Amrith. 2020 SPAC Boom Lifted Wall Street's Biggest Banks. **Wall Street Journal**. 5 jan. 2021. Markets/Finance. Disponível em: https://www.wsj.com/articles/2020-spac-boom-lifted-wall-streets-biggest-banks-11609842601?mod=djemMoneyBeat_us. Acesso em: 31 mar. 2021.

BRASIL. REsp 1.706.812-DF, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, por unanimidade, julgado em 3 set. 2019, DJe 6 set. 2019.

RIEMER, Daniel S. Special Purpose Acquisition Companies: SPAC and SPAN, or Blank Check Redux?, 85 **WASH. U. L. REV.** 931 (2007). Disponível em: <https://openscholarship.wustl.edu/law-lawreview/vol85/iss4/5>. Acesso em: 27 mar. 2021.

SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, "What You Need to Know About SPACs – **Investor Bulletin**. dez./2020. Disponível em: <https://www.sec.gov/oiea/investor-alerts-and-bulletins/what-you-need-know-about-spacs-investor-bulletin>. Acesso em: 20 fev. 2021.

SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, Division of Corporation Finance; CF **Disclosure Guidance**: Topic n. 11; dez./2020. Disponível em: https://www.sec.gov/corpfin/disclosure-special-purpose-acquisition-companies#_edn1. Acesso em: 20 fev. 2021.

SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. Celebrity Involvement with SPACs – **Investor Alert**. Março, 2021. Disponível em: <https://www.sec.gov/oiea/investor-alerts-and-bulletins/celebrity-involvement-spacs-investor-alert>. Acesso em: 31 mar. 2021.

SHACHMUROVE, Yochanan and VULANOVIC, Milos. SPAC IPOs. (January 17, 2017). **Oxford Handbook of IPOs**. Edição de Douglas Cumming e Sofia Johan, 2017, Forthcoming, p. 14. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2898102>. Acesso em: 31 mar. 2021.

SPANGLER, Timothy. **The law of private investment funds**. Oxford, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito empresarial**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

WALD, Arnaldo. O Investidor qualificado no mercado de capitais brasileiro. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, a. 9, n. 32, p. 15-34, 2006.

ABORTO: LIBERDADE DE ESCOLHA OU CRIME

CLARA SALES REBECHI BOTELHO:

Bacharelanda em Direito pelo Centro
Universitário Una - Contagem.

MONIQUE SOARES EXPÓSITO²³⁷

(coautora)

ADRIANA PATRÍCIA CORTOPASSI COELHO²³⁸

(orientadora)

Resumo: O presente artigo visa oferecer uma visão geral a respeito do aborto, suas modalidades, o aborto no Brasil e suas evoluções. Este tema é de grande complexidade e tem gerado grandes discussões, pois vai além da ciência, envolvendo religião, crenças e cultura. O aborto é um método que visa a interrupção da gestação e em alguns determinados casos é praticado de forma clandestina ocasionando, em consequência, diversas sequelas físicas e psicológicas entre as abortantes. Apesar da existência de legislações, sanções e todo um controle, sabe-se que o aborto nunca deixou de ser praticado. O objetivo do presente artigo é estabelecer uma discussão sobre o aborto acerca do direito à escolha por parte da mulher sob seu próprio corpo. O aborto é uma prática antiga, tanto quanto a humanidade, com isso, cria-se a necessidade da discussão a respeito de sua descriminalização e sua relação com as questões de saúde e de direitos humanos e fundamentais e, primeiro de entre todos, o direito à vida.

Palavras chave: Vida. Aborto. Direito ao aborto. Descriminalização.

Abstract: This article aims to provide an overview of abortion, its modalities, abortion in Brazil, and its evolution. This topic is of great complexity and has generated great discussions, as it goes beyond science, involving religion, beliefs, and culture. Abortion is a method that aims to terminate the pregnancy and some cases is practiced clandestine, causing in consequence various physical and psychological sequels among abortionists. Despite the existence of laws, sanctions, and a whole control, it is known that abortion has never stopped being practiced. The purpose of this article is to establish a discussion on abortion about the right of choice for women under their own bodies. Abortion is an old practice, as much as humanity, with this, there is a need for discussion about its

²³⁷ Bacharelanda do curso de Direito da Faculdade Una de Contagem

²³⁸ Mestre em Direito Público com ênfase em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

decriminalization, and its relationship with health and human rights and fundamental issues, and, first of all, the Right to life.

Keywords: Life. Abortion. The Right to abortion. Decriminalization.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. NOÇÕES GERAIS DO CONCEITO SOBRE A VIDA. 1.1 Aspectos gerais. 1.2 Princípios. 1.2.1 Dignidade da pessoa humana. 1.2.2 Liberdade de escolha. 1.3 ADPF54 – Conceito de vida para o STF. 2. DO CRIME DE ABORTO. 2.1 Aborto – Tópico Geral. 2.2 Auto aborto. 2.3 Aborto com consentimento da gestante. 2.4 Aborto sem consentimento da gestante. 3. DO ABORTO PERMITIDO. 3.1 Do aborto terapêutico. 3.2 Do aborto por estupro. 3.3 Do aborto de anencéfalos. 4. PROBLEMATIZAÇÃO – LEGALIZAÇÃO DO ABORTO. 5. VOTO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – HABEAS CORPUS 124.306/RJ. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O aborto é um fato social. É, majoritariamente, realizado à margem da lei pondo em risco as mulheres que a ele se sujeita. Para alguns, trata-se do direito à vida, para outros, é notório que envolve o direito da mulher sob seu próprio corpo. Com isso, discutir sobre a legalidade do aborto não é uma tarefa simples, pois a questão do aborto não envolve apenas os artigos do Código Penal Brasileiro, válido desde 1940, mas implica também em questões individuais como: moral, religião, cultura, ciência, entre outros.

O debate sobre o aborto legal aumentou no Brasil devido a decisões judiciais em todo o país para a realização de aborto em algumas situações especiais e por conta dos questionamentos nos casos já previstos em lei, como o caso de risco de vida para a mulher, quando a gestação é resultante de um estupro ou se o feto for anencéfalo a partir de um entendimento do STF.

Um caso de grande repercussão e discussão foi a condenação de um padre pelo impedimento de um aborto legal. O caso ocorreu em Anápolis (GO) em 2005. Posteriormente em agosto de 2020, o Supremo Tribunal Federal (STF) tornou definitiva a decisão de que o padre Luiz Carlos Lodi deverá pagar R\$ 398 mil de indenização por danos morais para um casal impedido de realizar o aborto de forma legal, pois o feto tinha uma anomalia que o impedia de sobreviver fora do útero, comprovado através do ultrassom, além do risco de vida da mulher.

Tatiele, mãe do bebê, já estava no hospital pronta e autorizada a realizar o procedimento quando o hospital foi informado do recebimento de um Habeas Corpus impedindo o ato. Sendo o padre o autor da ação e alegando prática de homicídio pelos pais e se apoiando em suas crenças religiosas. Em consequência, Tatiele retornou a sua

casa e passou dias de dor e sangramento até o dia em que foi realizado o parto e, como já esperado pelos médicos, o bebê sobreviveu cerca de 1 hora após seu nascimento.

Pontua-se que a complexidade com relação ao aborto vai além das práticas clandestinas que acarretam em um impacto negativo na saúde pública, mas implicam, também, em discussões sociais como moral e religião que por sua vez possuem seus entendimentos e suas razões enraizados apesar do que já se encontra permitido em lei gerando assim a necessidade de debates intensos, significativos e eficientes levando em consideração a quantidade de vidas envolvidas.

1. NOÇÕES GERAIS DO CONCEITO SOBRE A VIDA

1.1 Aspectos gerais

Biologicamente, a vida é compreendida como um fenômeno natural desencadeada por um processo contínuo de reações químicas, envolvendo processos metabólicos, moléculas, ácidos desoxirribonucleicos (DNA), entre outras características particulares. Sob o ponto de vista fisiológico, a vida pode ser definida como a capacidade de um ser vivo realizar suas funções vitais básicas como comer, respirar, metabolizar, excretar, crescer, reproduzir, etc. Entre os principais processos fisiológicos dos seres humanos estão respirar o oxigênio e expirar o gás carbônico. O conceito de vida é algo complexo e demanda reflexões e estudo, pois envolve questões específicas de cada ser humano relacionando a fé, religião, crenças e valores de cada um de forma individual.

1.2 Princípios

A Constituição Federal de 1988 surge em um contexto de busca da defesa e da realização de direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade em diferentes áreas. O Título I da *Constituição Brasileira* é denominado “Dos Princípios Fundamentais” e estabelece que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal constitui-se em um Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos cinco princípios: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Estes princípios são os fundamentos do Estado Democrático de Direito que é a República Federativa do Brasil.

1.2.1 Dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal assegura ao homem direitos mínimos que devem ser respeitados pela sociedade e pelo poder público, de maneira a preservar a valorização do ser humano. Nesse sentido, a respeito da dignidade da pessoa humana Flávia Piovesan diz que:

*"(...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora "as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro." (PIOVESAN, Flávia, *Diretos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, Editora Max Limonada, 2004, p. 54)*

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana nasce para proteger o ser humano, mantendo e garantindo o viver com dignidade e respeito recíproco nos seus direitos mais importantes e fundamentais.

1.2.2 Liberdade de escolha

Liberdade de escolha consiste em uma das possibilidades da forma de pensar e agir. Assim, apesar do embate sobre amplitude axiológica desse termo a CF/88 consagrou esse direito no rol dos direitos e garantias individuais em suas diversas modalidades (SILVA, José Afonso, 1958, p. 384).

A liberdade é condição daquele que é livre e possui capacidade de agir por si mesmo, implicando assim na responsabilidade do indivíduo por seus próprios atos. Em se tratando do direito da mulher sobre seu próprio corpo e sobre seu desejo de ser mãe, alguns indivíduos falam em morte e outros em autonomia e a liberdade de escolha da mãe, pois a mesma possui total poder sobre a criança e também sobre o seu corpo.

1.3 ADPF54 – Conceito de vida para o STF

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) através de seu advogado Luís Roberto Barroso ofereceu a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) para em casa de ocorrência de gestação de feto com anencefalia. A decisão proferida na ADPF 54 acrescentou nova modalidade que exclui a hipótese de crime de aborto, qual seja, quando se tratar de feto anencéfalo.

A decisão do STF proporciona uma virada jurisprudencial sobre tais casos. Antes da decisão, o Estado não tinha uma interpretação definida sobre o tema, fazendo com que a decisão final ficasse para cada juiz. Na maioria das vezes a prática era aceita, mas em alguns casos a paciente teve que completar a gestação de um natimorto sem direito a abortar e em outros casos a sentença foi dada em um estágio muito avançado da gravidez em que não poderia ser realizado o aborto.

Segundo o Deputado Federal e Professor Titular da Universidade de São Paulo e da Universidade de Campinas, Dr. José Aristodemo Pinotti, lemos o trecho Extraído da ADPF 54: “O feto anencéfalo, sem cérebro, não tem potencialidade de vida. Hoje, é consensual, no Brasil e no mundo, que a morte se diagnostica pela morte cerebral. Quem não tem cérebro, não tem vida”.

Incluindo ainda o representante da Sociedade de Medicina Fetal, Dr. Heverton Neves Pettersen, que afirmou: “nós consideramos o feto anencéfalo um natimorto neurológico. Do ponto de vista técnico, ele não tem sequer o desenvolvimento do sistema nervoso central.”

Igualmente, o Dr. Thomaz Rafael Gollop, representante da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, foi peremptório: “anencefalia é uma das anomalias mais frequentes, mais prevalentes no nosso meio. Ela é incompatível com a vida, não há atividade cortical, corresponde à morte cerebral. Ninguém tem nenhuma dúvida acerca disso”.

2. DO CRIME DE ABORTO

2.1 Aborto – Tópico Geral

O aborto é uma modalidade de crime contra a vida, tutelado e protegido pelo Código Penal entre os artigos 124 a 128, tratando-se da interrupção da gravidez de forma intencional, mas podendo ocorrer também de maneira espontânea ou acidental.

O aborto é um dos temas mais discutidos no Direito Penal com posicionamentos pontuais defendendo a descriminalização seja no âmbito da clandestinidade como na liberdade de escolha e dignidade da pessoa humana.

2.2 Auto aborto

O auto aborto está tipificado no artigo 124 do Código Penal se tratando de quando a gestante, por sua livre e espontânea vontade, realiza a prática de aborto interrompendo a gravidez indesejada por seus próprios meios com pena de detenção de um a três anos. Auto aborto se trata de crime próprio, tendo em vista que somente a gestante pode praticá-lo atuando como sujeito ativo. O sujeito passivo titular do bem jurídico a ser protegido, no caso o direito à vida, é o ser humano em formação.

2.3 Aborto com consentimento da gestante

O aborto consentido pela gestante se encontra previsto no artigo 124 do Código Penal juntamente ao auto aborto e no artigo 126 do mesmo código. Nesta modalidade, a gestante permite que outra pessoa realize o aborto. Vale ressaltar que, o terceiro envolvido

e responsável pelas manobras abortivas, responderá pelo delito no artigo 126 do Código Penal, com pena de reclusão de um a quatro anos, enquanto a gestante responderá no artigo 124, com pena de detenção de um a três anos. Segue entendimento de Bitencourt:

"(...) Admite-se a participa como atividade acessória, quando o partícipe se limita a instigar, induzir ou auxiliar a gestante tanto a praticar o auto aborto como a consentir que lhe provoque (...). Contudo, se o terceiro além dessa merda atividade acessória, intervindo na realização propriamente dos executórios, responderá não como coautor, que a natureza do crime não permite, mas como autor do delito do art. 126" (BITENCOURT, Cezar Roberto, Código Penal Comentado. 3, Editora São Paulo: Saraiva, 2005, p. 432).

No crime de aborto com consentimento da gestante vemos o chamado concurso necessário pela necessidade da participação de ao menos duas pessoas. Contudo, a responsabilidade dos envolvidos acontece de forma distinta em tipos penais diferentes, o que chamamos de exceção a teoria monista. Caso não existisse artigo próprio, o terceiro envolvido responderia com base no artigo 124 do Código Penal. Com isso, o legislador com o intuito de punir mais severamente o terceiro que pratica o aborto, inclui ao Código Penal o artigo 126.

2.4 Aborto sem consentimento da gestante

O aborto cometido sem o consentimento da gestante está disposto no artigo 125 do Código Penal com pena de reclusão de três a dez anos. O agente provoca o aborto na gestante sem seu consentimento causando risco não só a vida intrauterina, mas também a integridade física da mãe. O aborto sem o consentimento se trata de um crime comum, onde o sujeito ativo se refere a qualquer pessoa, exceto a gestante. Esse tipo penal possui uma maior penalidade, tendo em vista sua gravidade. A aplicabilidade da pena se estende nos casos em que a gestante for menor de quatorze anos, alienada, débil mental ou também se o consentimento for obtido através de fraude, violência ou grande ameaça.

3. DO ABORTO PERMITIDO

No ramo dos tipos de aborto permitidos temos o aborto terapêutico (Art. 128, I, CP) permitido nos casos de risco à vida da gestante. Entretanto, com o avanço da ciência a tendência é diminuir os casos onde a prática do aborto será considerada salvamento de vida ou da integridade física da gestante. Várias complicações serão abolidas através de métodos da medicina moderna sem muitos agravamentos à gestante e ao nascituro.

É permitido também o aborto em caso de estupro (Art. 128, II, CP) sendo autorizado a realização da interrupção de uma gravidez de feto gerado pelo ato criminoso do estupro sem consequência criminal ao médico que realiza. Segundo ROCHA (2000, p.55), o aborto no caso de estupro é plenamente justificável de acordo com as leis referentes ao assunto. Nesses casos a gestante passa por um constrangimento físico vexame social e tortura psíquica, ferindo seu direito à dignidade, sua honra e integridade física, direitos constitucionais resguardados pelo Estado.

O aborto de anencéfalos, fetos com má formação do cérebro durante a formação embrionária, parte de uma interpretação do STF no julgado da ADPF nº54. Com a maioria dos votos do plenário do STF ficou entendido que obrigar a mulher a manter a gravidez nesses casos implicaria em risco a saúde psicológica e física além da impossibilidade de vida do feto fora do útero. Segundo FREITAS (2005), a gravidez do feto anencéfalo resulta em inúmeros problemas maternos durante a gestação, dentre eles: eclampsia, embolia pulmonar, aumento do volume do líquido amniótico e até a morte materna.

3.1 Do aborto terapêutico

Conforme o artigo 128 do Código Penal:

“Art. 128 – Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)

Aborto necessário

I – Se não há outro meio de salvar a vida da gestante;”

(BRASIL, Código Penal 1940)

Nos casos de aborto terapêutico para ser legal, é imprescindível que a interrupção da gravidez seja absolutamente necessária e que haja ameaça à vida da gestante, não apenas danos à sua saúde ao contrário de outras normas. Ela configura um estado de necessidade porque é preciso escolher uma vida para que não se perca as duas.

Neste sentido, afirma CAPEZ:

“Consoante a doutrina, trata-se de uma espécie de estado de necessidade, mas sem a exigência de que o perigo de vida seja atual. Assim, há dois bens jurídicos (a vida do feto e da genitora) postos em perigo, de modo que a preservação de um (vida da genitora) depende da destruição do outro (vida do feto). O legislador optou

pela preservação do bem maior, que, no caso, é a vida da mãe, diante do sacrifício de um bem menor, no caso, um ser que ainda não foi totalmente formado. [...] basta a constatação de que a gravidez trará risco futuro para a vida da gestante, que pode advir de causas várias, como, por exemplo, câncer uterino, tuberculose, anemia profunda, leucemia, diabetes. [...] É indispensável a concordância da gestante ou do representante legal, podendo o médico intervir à revelia deles, até porque muitas vezes a mulher se encontra em estado de inconsciência e os familiares podem ser impelidos por motivos outros, como interesse na sucessão hereditária, no momento de decidir sobre o sacrifício da vida da genitora ou do feto.” (CAPEZ, Fernando, Curso de Direito Penal, Editora São Paulo: Saraiva, 2007, p.134)

HUNGRIA (1955) classifica o aborto necessário ainda como terapêutico (curativo) ou profilático (preventivo), mas deve-se ressaltar que o médico deve estar sempre ciente de que o procedimento é permitido devido ao fato de salvar a vida da gestante. É indiscutível que a legalidade desse tipo de aborto independe do consentimento da gestante ou de seu representante (Art. 146, § 3º, CP), pois outros interesses (o sacrifício da mãe em prol do filho ou até mesmo interesses sucessórios) poderiam influenciar na decisão, motivo pelo qual o legislador a realizou previamente.

O despacho judicial não é necessário dada, na maioria dos casos, a urgência com que os procedimentos devem ser realizados para salvar a vida da mãe. No entanto, existe a possibilidade de recorrer à justiça para prevenir qualquer responsabilidade criminal.

Vale ressaltar que como critério do Conselho Federal de Medicina disposto também no Manual Técnico de Gestação de Alto Risco do Ministério da Saúde, a constatação da causa que aflige a vida da gestante deve ser comprovada por pelo menos dois outros médicos para que fique comprovado de forma clara e plena a necessidade da intervenção abortiva.

O Código Penal fixou a possibilidade do médico praticar o aborto quando se tratar da única maneira de salvar a vida da gestante. Contudo, em caso de perigo de vida iminente e na falta de médico, uma outra pessoa poderá realizar o procedimento sendo causa de exclusão de ilicitude, conforme disposto nos artigos 23, I e 24 do Código Penal.

3.2 Do aborto por estupro

Consoante ao artigo 128 do Código Penal:

“Art. 128 – Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)

(...)

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II – Se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.” (BRASIL, Código Penal 1940)

Denominado pela doutrina de aborto humanitário, ético ou sentimental não há ainda um consenso quanto às razões que o justificam embora haja poucos autores que se manifestem contra a sua prática. Dentre eles, encontra-se Aníbal Bruno, de cuja obra extrai que:

“Mas, por mais respeitáveis que sejam, esses sentimentos, tomar a situação como justificativa da morte do ser que se gerou é uma conclusão de fundo demasiadamente individualista, que contrasta com a ideia do Direito e a decidida proteção que ele concede à vida do homem e aos interesses humanos e sociais que se relacionam com ela e demasiadamente importantes para serem sacrificados a razões de ordem pessoal, que, por mais legítimas que possam parecer não tem mérito bastante para se contrapor ao motivo de preservação da vida de um ser humano.” (BRUNO, Aníbal, Direito Penal, Rio: Editora Forense, 1966, p.173-174)

Apesar de alguns entendimentos contrários à prática do aborto em caso de estupro se mantém o entendimento majoritário da doutrina e da sociedade como um todo assegurando a dignidade e a honra da mulher. Ao contrário do aborto necessário ou terapêutico é necessário o consentimento prévio da gestante ou de seu representante, caso ela seja incapaz. No tocante à prova de que a gravidez resulta do estupro HUNGRIA (1955) diz que: “Para evitar abusos, o médico só deve agir mediante prova concludente do

alegado estupro, salvo se o fato é notório ou se já existe sentença judicial condenatória do estuprador”.

3.3 Do aborto de anencéfalos

A anencefalia é definida na literatura médica como a má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação. De modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico (Âmbito Jurídico, 2013). Tem como resultado a morte do bebê ao nascer e como consequência para a mãe existem graves riscos à sua saúde ao passo em que a gravidez é desenvolvida como eclampsia e embolia pulmonar.

Embora não haja legalidade clara no aborto de fetos anencéfalos no Código Penal, possui um entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal para prática de tal aborto conforme se encontra consubstanciado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54. Antes da ADPF 54 gestantes de fetos anencéfalos deveriam solicitar judicialmente autorização para a interrupção da gestação, o que poderia não ser concedido pelo juiz. Outro fator era o judiciário não corresponder com a agilidade necessária ao caso o que por muitas vezes demorava mais do que o necessário para realizar o aborto de forma segura para a gestante sem que lhe acarretassem complicações maiores. Por se tratar de antecipação consentida do parto diante da hipótese comprovada de gravidez de feto anencéfalo não há o que se falar em infração penal uma vez que não afeta o bem jurídico tutelado e protegido pelo Estado e pela ordem social. De acordo com Capez, no que tange ao tema de aborto de anencéfalos, este aduz que:

Aliás, no que toca ao abortamento do feto anencéfalo ou anencefálico, entendemos que não há crime, ante a inexistência de bem jurídico. O encéfalo é a parte do sistema nervoso central que abrange o cérebro, de modo que sua ausência implica inexistência de atividade cerebral, sem a qual não se pode falar em vida. A Lei n. 9.434, de 4-2-97, em seu art. 3º, permite a retirada post mortem de tecidos e órgãos do corpo humano depois de diagnosticada a morte encefálica. Ora, isso significa que, sem atividade encefálica, não há vida, razão pela qual não se pode falar em crime de aborto, que é a supressão da vida intrauterina. Fato atípico, portanto. (CAPEZ, Fernando, Curso de Direito Penal. 15, Editora São Paulo: Saraiva, 2011, p. 146)

No caso de uma gravidez anencefálica não há possibilidade de formação de vida, ou seja, falta o chamado suporte fático-jurídico que é a potencial vida humana que deve ser protegida, deixando então de existir fundamentação condizente com a norma protetiva.

4. PROBLEMATIZAÇÃO – LEGALIZAÇÃO DO ABORTO

Quando analisado o aborto, depara-se com o dilema “vida ou escolha materna” que culmina em uma colisão entre princípios e direitos fundamentais e, sendo assim, é necessário balizar de forma racional o que seria mais viável: manter a vida intrauterina do feto mesmo sem a vontade da genitora ou a opção pelo aborto poderia causar menos danos físicos e psicológicos à mãe? De acordo com Kant:

“No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. (...) o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade. Ora, a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmos, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador do reino dos fins. Por isso, a moralidade e a humanidade enquanto capaz de moralidade são as únicas coisas providas de dignidade.” (KANT, Immanuel, Fundamentos da metafísica dos costumes, 2011, p.82)

São muitas as vertentes e discussões a respeito da legalização do aborto. Se a favor ou contra os argumentos são numerosos e alguns bastante sólidos. De um lado temos a Bancada Religiosa formada por membros do Congresso Nacional e dos legislativos estaduais e municipais tendo em vista que as questões éticas e morais no Brasil possuem influência cristã. Os dogmas religiosos acreditam que a vida começa após o ato sexual e por sua forte participação na criação das leis temos a teoria do nascituro concepcionista que assegura ao nascituro personalidade desde a concepção.

Em geral, um pró-vida defensor da vida desde o ato da concepção entende que a vida humana se trata de algo inegociável e tirá-la em qualquer circunstância é um ato de assassinato em potencial e, por isso, defendendo que os argumentos a respeito do abandono paterno, falta de moradia e alimentação, entre outros, necessitam ser resolvidos, mas são mazelas de fundo moral, não justificando nenhum método de prática abortiva.

Com relação ao direito sobre o próprio corpo indaga-se a respeito de uma mulher mantendo relações sexuais consentidas e ciente da possibilidade de gravidez, mesmo com o uso de contraceptivos, tendo em vista que nenhum método oferece 100% de confiabilidade e, desta forma, optar pelo aborto pelo simples fato de ser algo indesejável naquele momento.

Com base na situação da ilegalidade das práticas abortivas no qual os números estatísticos não param de aumentar, a Bancada Religiosa e o grupo pró-vida, defendem uma maior fiscalização e punição da mulher que comete o crime e das clínicas clandestinas. Alegam ainda que se a maneira de acabar com a ilegalidade é a descriminalização outros crimes, alguns hediondos, também deveriam ser descriminalizados levando em consideração que seu combate também não ocorre de maneira efetiva.

Em outra esfera temos a Bancada dos Direitos Humanos utilizando-se de argumentos, pesquisas e estatísticas para basear seu posicionamento. Defendem veementemente a relação do aborto ilegal com as questões de saúde pública pelo fato do aborto ser, destacadamente, uma causa de mortalidade materna no país e as complicações causadas pelo procedimento serem a terceira causa de ocupação dos leitos obstétricos conforme dados fornecidos pelo CFM (Conselho Federal de Medicina).

A ciência considera que o feto só possuirá vida após a formação do cérebro e o início do batimento cardíaco, que se iniciam a partir da 12ª semana de gestação, por isso, defendem a legalização do aborto até esse prazo. A descriminalização é vista para o grupo pró-aborto como liberdade de crença permitindo que cada mulher seja livre para tomar suas decisões não podendo ser obrigada a ter um filho indesejado, o que pode vir a lhe causar um mal psicológico dentre outros problemas sociais.

De acordo com uma pesquisa feita pelo Ministério da Saúde realizada pelo IBOPE, cerca de 5 milhões de mulheres já abortaram no país entre elas 80% se declararam praticantes de alguma religião. Com essa pesquisa o grupo pró-aborto argumenta que existe uma grande dificuldade em se falar sobre aborto seja no meio social ou no meio jurídico, pela existência de um tabu em relação ao assunto. E que apesar dos fundamentos religiosos, basilares das leis e principal empecilho da legalização, isso não coibi as práticas abortivas por mulheres religiosas. Em uma entrevista à Folha, Drauzio Varella defende a legalização e diz:

“A legalização do aborto não impede que políticas de gravidez precoce e indesejada e de educação sexual sejam implementadas. A legalização pode salvar vidas de mulheres que muitas vezes são mães, sofrem pra criar os filhos sozinha, buscam prevenção no SUS, não encontra, e se torna mais uma vítima, ao abortarem em clínica

clandestina, ou dentro de casa.” (VARELLA, Drauzio, Seminário Sabatina, Folha, 2005)

Em 2016, no julgamento do Habeas Corpus (HC) 124.306, o Ministro Luís Roberto Barroso votou a favor da liberdade de duas pessoas acusadas pela prática do crime de aborto. O Ministro alegou que a prisão preventiva não continha elementos individualizados que demonstrassem a necessidade da custódia cautelar e que para ele a criminalização do aborto antes do primeiro trimestre de gestação viola direitos fundamentais da mulher, como sua autonomia, integridade física e psíquica, direitos sexuais e reprodutivos, igualdade de gênero e discriminação social.

5. VOTO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – HABEAS CORPUS 124.306/RJ

Trata-se de um habeas corpus pleiteado em efeito da prisão preventiva estabelecida pela 4ª Câmara Criminal do TJRJ julgado em 2016. Conforme consta nos autos, os acusados (que mantinham clínica de aborto) foram presos em flagrante, em 14/03/2013 devido à suposta prática dos crimes descritos nos arts. 126 (aborto) e 288 (formação de quadrilha) do Código Penal em concurso material por quatro vezes e por terem provocado aborto na gestante/denunciada com o consentimento desta. Perante pedidos proferidos em recurso interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro foi expedido a prisão preventiva dos réus com fundamento na garantia da ordem pública e na necessidade de assegurar a aplicação da lei penal. O Ministro Luís Roberto Barroso solicitou vista antecipada dos autos e em seu voto compôs uma argumentação direcionada para o deferimento da ordem de ofício e retirou a prisão preventiva dos réus e demais corréus, atentando a inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre, a partir de uma interpretação conforme a Constituição dos artigos 124 e 126 do Código Penal. Em seu voto no HC 124.306/RJ o ministro Luís Roberto Barroso expõe acerca do tema:

“A integridade física da mulher é abalada porque é o corpo da mulher que sofrerá as transformações, riscos e consequências da gestação. Aquilo que pode ser uma benção quando se cuide de uma gravidez desejada, transmuda-se em tormento quando indesejada. A integridade psíquica, por sua vez, é afetada pela assunção de uma obrigação para toda a vida, exigindo renúncia, dedicação e comprometimento profundo com outro ser. (...) Ter um filho por determinação do direito penal constitui grave violação à integridade física e psíquica de uma mulher.” (BARROSO, Luiz Roberto, STF, 2016)

O Ministro alega que não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão preventiva, sendo eles: o risco para a ordem pública, econômica, a instrução criminal ou aplicação da lei penal pelo fato dos acusados serem primários; terem bons antecedentes, possuírem trabalho e residência fixa e terem comparecido aos atos de instrução. Além disso alega que a criminalização do aborto fere vários direitos fundamentais da mulher. Dentre os direitos citados durante o voto temos o direito a autonomia da mulher e seu direito de escolha e de tomada de decisão resguardados e o controle sob seu próprio corpo; direito a integridade física e psíquica, referente as transformações que o corpo da mulher sofre durante a gestação. Temos também os direitos sexuais e reprodutivos no qual o Estado não pode obrigar a mulher a manter uma gravidez indesejada, direito a igualdade de gênero, alegando o fato do homem não engravidar e, com isso, para se alcançar a igualdade plena a mulher deve poder decidir a respeito da gravidez; e a discriminação social, referente a mulheres pobres, sem acesso a clínicas e médicos particulares, e não podem utilizar o sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo, tirando sua possibilidade a um procedimento seguro.

Além dos direitos fundamentais expostos, o Ministro Luís Roberto Barroso alega também que a criminalização do aborto antes do primeiro trimestre não observa de maneira suficiente o princípio da proporcionalidade. Conforme explica Barroso:

“O princípio da proporcionalidade destina-se a assegurar a razoabilidade substantiva dos atos estatais, seu equilíbrio ou justa medida. Em uma palavra, sua justiça. Conforme entendimento que se tornou clássico pelo mundo afora, a proporcionalidade divide-se em três subprincípios: (i) o da adequação, que identifica a idoneidade da medida para atingir o fim visado; (ii) a necessidade, que expressa a vedação do excesso; e (iii) a proporcionalidade em sentido estrito, que consiste na análise do custo-benefício da providência pretendida, para se determinar se o que se ganha é mais valioso do que aquilo que se perde.” (BARROSO, Luís Roberto, STF, HC 124.306/RJ, 2016)

Quanto à adequação é necessário analisar se a criminalização protege a vida do feto e também verificar se há meio alternativo à criminalização que proteja de forma igual o direito à vida do feto, mas restringindo menos os direitos das mulheres. Referente a proporcionalidade em sentido estrito, é preciso constatar se as restrições aos direitos das mulheres são ou não compensados pela proteção na vida do feto. Com isso, aplicando o princípio da proporcionalidade à prática o Ministro argumenta que não é possível alegar que a mulher que se submete ao procedimento abortivo o faça por prazer. Após a

apresentação do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber acompanharam seu entendimento e o Ministro Luiz Fux concedeu a revogação da prisão preventiva.

CONCLUSÃO

O objetivo do presente artigo é demonstrar o quanto a discussão a respeito da legalização do aborto se torna um debate extremamente polêmico e complexo. São extensos os posicionamentos, assim como as áreas correlacionadas como opinião pública, moral, impactos socioeconômicos, saúde pública, religião, ciência, direito, entre outras. Através desse trabalho foi possível compreender melhor o aborto, os posicionamentos pró e contra, as previsões legais e os entendimentos jurídicos. Demonstrou-se não existir um consenso claro sobre o início da vida e sim teorias que justificam diferentes fases da gestação para defini-lo como o marco inicial. O próprio código penal não define esse início com exatidão, mas observa-se que as exceções à antijuricidade do tipo penal pressupõem que o objetivo intrínseco da lei não é proteger o direito à vida do feto. No caso do aborto legal em casos de estupro, por exemplo, a condição da mulher finalmente é colocada em evidência relativizando o direito à vida do feto.

Em análise ao que foi pontuado ao longo do trabalho, conclui-se que a criminalização das práticas abortivas, além de causar danos à saúde da mulher, causa também um grande dano à saúde pública. Mesmo com a ilegalidade o aborto não deixa de ser praticado e por esse motivo várias mulheres buscam práticas clandestinas para abortar. No caso de mulheres com dificuldade de acesso aos serviços de saúde pública e de baixa renda, além da clandestinidade, se submetem a procedimentos inseguros ocasionando em sérios riscos a vida da mulher que ao final precisam procurar hospitais em estado grave, após várias complicações.

Nessa perspectiva, enfatiza-se a necessidade de um debate entre defensores dos direitos humanos, direitos sexuais e reprodutivos, pesquisadores, membros do Executivo, Legislativo e Judiciário, sobre a necessidade de mudança nas leis sobre o aborto buscando soluções eficazes em relação a saúde pública, gerando assim, uma diminuição no número de mortes maternas causadas pelo aborto clandestino. É necessário que o Direito acompanhe os avanços sociais e científicos oferecendo-lhes uma regulamentação adequada, haja visto que o cenário social da época em que a tipificação do aborto foi criada mudou e o número de mortes decorrentes de abortos clandestinos clama por mudanças na lei.

A proteção aos direitos constitucionais da mulher visa uma reforma urgente na legislação objetivando a descriminalização do aborto para legalizar o seu direito de escolha, se quer ou não realizar o procedimento do aborto até a décima segunda semana de gestação prevalecendo a vontade consciente da gestante que goza de autonomia e

liberdade que a evolução da sociedade lhe garante. Assim, a mulher poderia ser plenamente dona de seu corpo e de seu destino com plena capacidade de se autodeterminar.

Contudo, o aborto não deve ser banalizado visto como uma forma de anticoncepção ou se tornar rotina entre as mulheres. É de suma importância que o Estado tenha um planejamento estatal, invista mais em métodos de conscientização e contracepção, invista na educação sexual e apoie as mulheres que desejam ser mães, mas por falta de condições optam pelo aborto. Por fim, é necessário que se discuta o assunto na sociedade ainda que sendo um tabu entre a população, até mesmo na comunidade acadêmica. É necessário retirar essa problematização das obscuridades e, ao mesmo tempo, precisa-se estudar e debater o tema abrindo espaço para sanar dúvidas e reforçar a urgência de medidas públicas voltadas a resolver esse problema que mata milhões de mulheres em todo o mundo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADPF, 54. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>. Acesso em 19 de novembro de 2020.

ARAGÃO, Nikolly Sanches, **A Descriminalização do Aborto no Brasil**. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-descriminalizacao-do-aborto-no-brasil/>. Acesso em 02 de maio de 2021.

BARBOSA, Thomaz Henrique, **5 argumentos contra o aborto**. Disponível em http://obviousmag.org/cronicas_obsessoes/2016/5-argumentos-contra-o-aborto.html. Acesso em 02 de maio de 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005. Acesso em 16 de março de 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2004. Acesso em 03 de abril de 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://planalto.gov.br>. Acesso em: 03 de novembro 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 03 de abril de 2021.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. 1ª edição. Rio: Editora Forense, 1966; apud PELUSO, Cezar. ADPF 54/DF. Acesso em 03 de abril de 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Acesso em 16 de março de 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. Vol.2. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Acesso em 03 de abril de 2021.

CASTRO, Isis, **Direito à vida X aborto: O aborto e a problemática da saúde pública no Brasil**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/45006/direito-a-vida-x-aborto> Acesso em 09 de abril de 2021.

GONÇALVES, Bella, **Aborto: 5 razões para legalizar**. Disponível em <https://midianinja.org/gabinetona/aborto-5-razoes-para-legalizar/> Acesso em 09 de abril de 2021.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1955. Acesso em 03 de abril de 2021.

JULIANA, **Grupo Escolar**, 2020. Disponível em: <https://www.grupoescolar.com/pesquisa-amp/vida.html> Acesso em: 18 de outubro de 2020.

MAGALHÃES, George Geraldo Gomes, **Aborto necessário: Direito nacional e alienígena**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/39602/aborto-necessario-direito-nacional-e-alienigena> Acesso em 03 de abril de 2021.

MAIA, Monica Bara, **Direito de decidir – Múltiplos olhares sobre o ABORTO**, Editora Autêntica, 2008. Acesso em 09 de abril de 2021.

Ministério da Saúde, **Manual Técnico – Gestaçã de Alto Risco**, 2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769> Acesso em 02 de maio de 2021.

MIRABETE, Julio Fabrini; FABRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: Parte especial** art. 121 a 234 CP. 25. Ed. São Paulo: atlas, 2008. Acesso em 16 de março de 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 10.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010. Acesso em: 06 de outubro de 2019.

PAPALEO, Celso Cezar. **Aborto e contracepção: a atualidade e complexidade da questão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993; Acesso em 03 de abril de 2021.

PEREIRA, Fabricio, **Estudo sobre a legalização do aborto: prós, contras e a quem compete decidir acerca da descriminalização**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/61612/estudo-sobre-a-legalizacao-do-aborto> Acesso em 02 de maio de 2021.

PRINCE, Fernanda, **A questão da legalização do aborto no Brasil: a dicotomia entre Estado laico e função religiosa**, 2013. Acesso em 02 de maio de 2021.

SILVA, Débora. **O que é aborto e como é feito**. Disponível em: <https://www.estudopratico.com.br/o-que-e-o-aborto-e-como-e-feito/>. Acesso em: 03 de novembro de 2020.

SILVA, Helena, **Legalizar ou não o aborto? A polêmica do assunto, a criminalidade, os riscos à saúde da mãe**. Disponível em <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1570/Legalizar-ou-nao-o-aborto> Acesso em 02 de maio de 2021.

INTERRUPÇÃO DA GESTAÇÃO DECORRENTE DE VIOLÊNCIA SEXUAL COM PREVISÃO LEGAL

ANDRESSA PEREIRA DE SOUZA:

Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus - ULBRA/Manaus.

VANDERCLEYSON FREITAS DOS SANTOS

LETÍCIA NASCIMENTO SOARES DA SILVA

(coautores)

RESUMO: A gestação que decorre de violência sexual não acarreta apenas nas consequências físicas da gravidez como as alterações no corpo da mulher, mas também prejuízos psicológicos a colocando diante de um paradigma religioso, social e cultural, entre manter a gestação que a fará ter uma eterna lembrança da violência sofrida ou optar pelo abortamento autorizado por lei. Mostra-se, portanto, de extrema relevância, por isso no presente trabalho foi realizado um estudo de revisão sistemática da literatura combinado com dados estatísticos das vítimas de violência sexual que resultaram na gestação indesejada e que optaram pelo seu direito ao abortamento previsto em lei. Teve-se como objetivo analisar a deficiência da aplicação das legislações, normas e portarias do Ministério da Saúde vigentes, nos casos em concreto. Os dados foram colhidos do Instituto da Mulher Dona Lindu da cidade de Manaus (AM), através dos relatórios do Serviço de Atendimento às Vítimas de Violência Sexual (SAVVIS). A pesquisa delimitou-se a conceituar os aspectos jurídicos envolvidos na realização do abortamento, a apresentar as legislações relativas a esta prática e analisar a aplicabilidade deste instrumento jurídico quanto ao caso real da gestação decorrente de violência sexual. Observou-se que apesar de inúmeras normatizações que visam a capacitação no acolhimento, atendimento humanizado e procedimentos que respeitem a vítima, seja nas unidades de saúde, como nas unidades de segurança, não existe um fluxo padronizado que permita a identificação do infrator, tornando-se apenas dados estatísticos na sociedade o que dificulta a tomada jurídica de tal situação.

PALAVRAS-CHAVE: Estupro. Gravidez. Abortamento. Abordagem jurídica.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Conceituação dos termos envolvidos ao abortamento; 2.1. Gestação; 2.2. Violência sexual; 2.3. Interrupção Gestacional. 3. As legislações vigentes relativas ao abortamento. 4. Abordagem da aplicabilidade prática das legislações nos casos reais de gestação decorrente de abuso sexual. 5. Procedimento metodológico. 6. Conclusões. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A violência sexual contra mulheres é uma realidade desde a antiguidade, porém pouco se falava no assunto, visto que as vítimas temiam represália pelo agressor e julgamento pela sociedade, escondendo-se no silêncio. Com o advento das tecnologias, empoderamento feminino, campanhas em prol da defesa das mulheres e legislações de amparo, elas começaram a relatar os acontecimentos e a buscar apoio estatal. Não que a violência sexual tenha diminuído, muito pelo contrário, no ano de 2018, apenas, foram 66.041 casos registrados, sendo 81,8% vítimas do sexo feminino (Dados do 13º Anuário Brasileiro de Segurança Pública). Ainda, estima-se que apenas 10% das vítimas procuram serviços de proteção capazes de realizar a notificação, ou seja, os dados reais podem chegar a 600 mil casos de mulheres violentadas por ano.

Em decorrência da violência sexual sofrida muitas mulheres têm como consequência uma gestação indesejada e, para esses casos específicos, a legislação brasileira permite o aborto (Art. 128, II do Código Penal), desde que a vítima assim o queira. Não sendo necessário nenhum tipo de procedimento prévio que exponha a vítima, como o boletim de ocorrência e coleta de vestígios por meio do exame de conjunção carnal e anal para possível identificação do autor do crime.

Neste ponto, encontra-se um dilema debatido entre unidades de saúde, secretarias de saúde e órgãos de segurança pública. Ainda que a verbalização do ocorrido ser o suficiente para que a mulher dê início ao procedimento para interromper a gestação decorrente do abuso sexual, aumentando sua segurança de buscar ajuda e privacidade em não precisar se expor a exames invasivos e a reviver o momento da violência, por outro lado não há investigação, materialidade do crime e dados suficientes para identificar o infrator, compor o banco de dados genéticos nacional para fins comparativos de crimes anteriores, de maneira que se evite novas vítimas.

Portanto, faz-se necessário apontar quais as lacunas da lei e falhas na aplicação em concreto na prática do abortamento, analisando as deficiências sob um aspecto jurídico. Contando com revisão sistemática da literatura e pesquisa de campo com dados reais do Instituto da Mulher Dona Lindu – a única instituição credenciada pelo Ministério da Saúde no Amazonas a realizar o procedimento de interrupção gestacional com previsão em lei, serão abordados no capítulo 1 os conceitos envolvidos a essa temática, no capítulo 2 serão apontadas as características das legislações vigentes, portarias e normas técnicas na atenção humanizada ao abortamento e às vítimas de violência sexual gestantes e, por fim, no capítulo 3 será feita uma análise da aplicabilidade do instrumento jurídico nos casos da gestação decorrente do abuso sexual.

2 CONCEITUAÇÃO DOS TERMOS ENVOLTOS AO ABORTAMENTO

2.1 Gestação

Para o Código Civil Brasileiro de 2002 logo no seu artigo 1º “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Trata-se da teoria natalista, em que o nascituro não é pessoa, mas goza de expectativa de direitos desde a vida intrauterina, porém que os direitos e deveres passam a existir com o nascimento com vida. Nas palavras do doutrinador Gonçalves: “Para se dizer que nasceu com vida, todavia, é necessário que haja respirado. Se respirou, viveu, ainda que tenha perecido em seguida” (GONÇALVES, 2014, p. 101). Assim, no momento em que o feto nasceu e respirou, adquiriu personalidade jurídica, contudo antes de vir ao mundo já possuía seus direitos de personalidade resguardos.

Apesar do Código Civil adotar a teoria natalista, pode-se observar que ele resguarda desde a concepção o direito dos nascituros, demonstrando uma forte tendência a teoria concepcionista. Nesse contexto, avaliamos o termo concepção em que “a vida começa desde a concepção, ou seja, a vida tem seu início a partir da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, gerando um ovo ou zigoto” (ALBERTON, 2001. p. 35). Assim, o pequeno zigoto, já teria personalidade jurídica, podendo figurar no polo ativo ou passivo de uma relação jurídica, possuindo direitos. Conforme observado no Informativo do Superior Tribunal de Justiça, a teoria concepcionista seria aplicada majoritariamente no Brasil:

Informativo 547/2014

"Assim, o ordenamento jurídico como um todo (e não apenas o Código Civil) alinhou-se mais à teoria concepcionista – para a qual a personalidade jurídica se inicia com a concepção, muito embora alguns direitos só possam ser plenamente exercitáveis com o nascimento, haja vista que o nascituro é pessoa e, portanto, sujeito de direitos – para a construção da situação jurídica do nascituro, conclusão enfaticamente sufragada pela majoritária doutrina contemporânea. Além disso, apesar de existir concepção mais restritiva sobre os direitos do nascituro, amparada pelas teorias natalista e da personalidade condicional, atualmente há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante, uma vez que, garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais. Portanto, o aborto causado pelo acidente de trânsito subsume-se ao comando normativo do art. 3º da Lei 6.194/1974, haja vista que outra coisa não ocorreu,

senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina.

REsp 1.415.727-SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 4/9/2014".

O julgado cita a teoria condicional ou da personalidade formal, nela não é definido se o nascituro é ou não uma pessoa, mas tão somente se limita a apontar que a personalidade para direitos materiais depende do nascimento com vida, sendo uma personalidade formal. Por isso, tal teoria não é adotada.

Abaixo podemos observar outro julgado também do Superior Tribunal de Justiça, em que o nascituro teria direito a indenização por danos morais, portanto possuidor de personalidade desde a concepção:

DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 24 ANOS APÓS O EVENTO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO QUANTUM. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO. DIREITO AOS DANOS MORAIS. DOCTRINA. ATENUAÇÃO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I – Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do quantum.

II – O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum.

REsp 399028-Sp, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 24/02/2002.

Ao que pese o Código Civil adotar a teoria natalista, o ordenamento jurídico como um todo caminha para a adoção da teoria concepcionista e é este direcionamento que tomaremos no presente artigo.

Poderíamos citar muitas outras evidências da adoção da teoria concepcionista no Brasil, em que o nascituro figura como titular de direitos de personalidade (à vida, à proteção pré-natal, à imagem, etc.), como, por exemplo, nos casos em que a Lei 11.804/2008 prevê a prestação de alimentos gravídicos, ou como visto anteriormente sendo ele titular de danos morais, o pagamento de DPVAT pela morte de nascituro

quando a gestante sofre um acidente de trânsito, ele sendo herdeiro por legado e herança ou, também, no Código Penal que traz dentro do rol de crimes contra a vida o aborto, interrupção do processo gestacional.

Sabe-se que o Direito penal criminaliza condutas dolosas ou culposas que lesionam ou expõem a risco de lesão bens jurídicos que a sociedade tenha como valiosos e que, por isso, mereçam a proteção a *ultima ratio*. Criminalizando o aborto o Direito penal está resguardando a vida, mesmo que intrauterina. Assim, quando ocorre o processo de nidação - 14º após a fecundação, quando o óvulo já fecundado e em processo inicial de divisão celular, fixa-se ao útero, qualquer tipo de conduta para que esse processo seja interrompido é de interesse penal.

Por óbvio, aborto de caráter espontâneo ou acidental não são objeto para o direito penal.

O Pacto de São José da Costa Rica aduz em seu art. 4º que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Apesar de o Brasil ser signatário de tal Tratado Internacional de 1969, que foi internalizado no ordenamento jurídico pelo Decreto nº 678/92, ele explicita no Código Penal Brasileiro, art. 128, inciso II, que para o caso de interrupção da gravidez resultante de estupro não se pune o aborto. Existe, assim, hipóteses em que o Código Penal autoriza uma conduta de interrupção da gestação, sem criminaliza-la: quando não há outro meio de salvar a vida da gestante (art. 128, I, CP), anencefalia comprovada - ausência de cérebro, calota craniana, cerebelo e meninges ou quando o nascituro padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extrauterina, não há perspectiva de vida - que é o bem tutelado pela norma penal (ADPF 54 - STF) e a gravidez resultante de abuso sexual (art. 128, II, CP).

É que neste último caso, entende-se que o feto não está sendo privado da vida de maneira arbitrária, sem que haja fundamento lógico, mas levando em consideração o preceito de que o desenvolvimento humano requer a interação de quatro núcleos principais, sejam estes: o processo, a pessoa, o contexto e o tempo, de acordo com a Abordagem Bioecológica, desenvolvida por Urie Bronfenbrenner (NUNES, 2018), ou seja, fatores de ordem física, social e emocional na relação mãe-bebê e que são colocados em risco, caso seja negado o direito à interrupção da gestação decorrente de violência sexual que geram o repúdio da gravidez, o vínculo da gravidez à violência, a lembrança da violência e do agressor, dentre outros (DREZETT et al., 2011).

2.2 Violência Sexual

Violência sexual trata de qualquer conduta que constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força. No Código Penal Brasileiro está tipificado nos crimes contra liberdade sexual, Art. 213 "Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso".

Para que a interrupção da gestação tenha respaldo legal, ela precisa ter resultado de uma relação sexual indesejada pela mulher e que teve como consequência a gravidez (Art. 128, II do Código Penal).

Ainda que pareça improvável, muitos são os casos em que a vítima não procura atendimento imediato após a agressão e, após o passar do tempo, percebe uma gravidez que decorreu da violência sofrida. Nestes casos, ela possui a seu favor a legislação de amparo, em que a interrupção da gravidez não será punida.

Outra questão relevante é o crime de violação sexual mediante fraude, trazido pela Lei 13.718/2018, incluído no artigo 2015 do Código Penal, que nada mais é do que uma continuidade normativa dos crimes conhecidos como posse sexual mediante fraude (antes previsto no artigo 215, CP) e crime de atentado ao pudor mediante fraude (antes previsto no artigo 216, CP), em que o direito penal visa tutelar o bem jurídico da liberdade sexual, garantindo a pessoa a livre escolha de se relacionar sem que seja ludibriada à prática do ato sexual. Nesse caso, a única diferença entre o crime de estupro e o de violação sexual mediante a fraude é que naquele há o emprego de violência ou grave ameaça, enquanto neste foi consentido, porém mediante má-fé em que a vítima fora iludida/enganada a ponto de perder a percepção da realidade.

Visto isso, caso a vítima que fora ludibriada viesse a engravidar decorrente desta relação sexual, caberia a aplicação por analogia da exclusão de punibilidade já prevista para gravidez resultante de estupro?

2.3 Interrupção Gestacional

A maioria das vítimas de abuso sexual não busca atendimento no Sistema único de Saúde, Serviços de Segurança Pública ou serviços de apoio, seja por vergonha ou culpa pela agressão sofrida e, principalmente, o medo de denunciar o agressor. O desconhecimento de seu direito ao aborto seguro e legal realizado nos centros de referência e dos procedimentos que serão adotados induzem essa vítima a recorrer as clínicas clandestinas, que muitas vezes têm como resultado a morte.

Os procedimentos de justificação e autorização da interrupção da gestação prevista em lei foram relacionados pelo Ministério da Saúde e devem ser adotados pelas unidades de saúde para realização do abortamento nos casos de violência sexual. A

Portaria MS/GM nº 1.508, do Ministério da Saúde, de 1º de setembro de 2005, estabelece que devem constar no procedimento que dá início a realização do abortamento: 1) o termo de consentimento livre e esclarecido, em que a mulher declare que dentro das opções apresentadas – seguir a gestação e ficar com a criança, seguir a gestação e entregá-la para adoção ou o abortamento - ela está optando pela interrupção da gravidez, portanto que autoriza o procedimento pela equipe de saúde; 2) o termo de responsabilidade, onde a vítima declara que todas as informações prestadas à equipe multidisciplinar nas entrevistas são verdadeiras; 3) o termo de relato circunstanciado constando a descrição da violência sexual sofrida: a data, o horário aproximado, o local, e a descrição detalhada do ocorrido, número de envolvidos, se conhecido, idade aparente, raça, cor dos cabelos, traços, sinais particulares, eventual grau de parentesco, se foi testemunhado por outras pessoas, etc; 4) parecer técnico assinado por médico, atestando a compatibilidade da idade gestacional com a data da violência sexual alegada e 5) termo de aprovação de procedimento de interrupção de gravidez, firmado pela equipe multiprofissional e pelo diretor ou responsável pela instituição. Dessa maneira, a realização do abortamento não está condicionada à decisão judicial que sentencie pela autorização da interrupção da gestação, mas está pautada tão somente na decisão interdisciplinar da equipe que acolheu a vítima.

3 AS LEGISLAÇÕES VIGENTES RELATIVAS AO ABORTAMENTO

Com intuito de esclarecer as dúvidas de profissionais e vítimas, foram organizados protocolos, cartilhas orientativas e normas técnicas para ampliar a visão não apenas dos profissionais que lidam com essas vítimas, mas também de toda a sociedade nesse aspecto.

Apesar do abortamento sentimental ser uma conduta lícita e um direito da mulher, pautado na Constituição Federal e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos que garantem à mulher o direito à integral assistência médica e à plena garantia de sua saúde sexual e reprodutiva, sendo dispensável, para tanto, provas documentais da violência sexual que está sendo relatada pela vítima, algumas condutas práticas vão a contramão da legislação vigente, como por exemplo a necessidade do boletim de ocorrência para que seja encaminhado o feto ao Instituto de Perícia, após o abortamento ou, ainda, as legislações de notificação compulsória da violência física, sexual e psicológica atendidas em serviços de saúde pública e privada (Lei nº 10.778/2003).

Por óbvio a questão em pauta não trata do agressor, mas tão somente da vítima da violência sexual, por isso que se presume veracidade do relato da vítima, sem que a mesma tenha o dever legal de noticiar o fato, restando a notificação obrigatória apenas para fins estatísticos, que embora relevantes continuam a ser somente números.

Contudo, nota-se uma tentativa do legislador em regular tal demanda, como se pode observar na Lei nº 12.845/2013 que dispõe do tratamento da vítima recém violentada.

São os casos emergenciais, em que as pessoas em situação de violência sexual têm o direito ao atendimento imediato e obrigatório no âmbito do Sistema Único de Saúde para o diagnóstico de lesões, amparo médico, psicológico e social, profilaxia da gravidez e de doenças sexualmente transmissíveis, realização de exames e fornecimento de informações sobre seus direitos legais. O conhecimento de tal lei pela sociedade reduziria a necessidade de serem realizados os procedimentos invasivos para o abortamento, visto que a vítima teria recebido as precauções para uma gestação indesejada.

Já o Decreto nº 7.958/2013 estabelece os parâmetros para o atendimento às vítimas de violência sexual pelos profissionais de segurança pública e da rede de atendimento do SUS; Ainda, a Portaria de Consolidação nº 5/2017, que consolida as normas sobre as ações e os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde, ou seja, normatizações de capacitação para o adequado acolhimento, humanização do atendimento e procedimentos a serem realizados nas vítimas no âmbito da saúde e da segurança existem. Contudo, a aplicação prática de tais legislações ainda precisam ser lapidadas para que a entrada dessas vítimas, seja por hospitais habilitados, maternidades, delegacias, centros de apoio, encontre um fluxo unificado e que esses casos não se tornem apenas dados estatísticos da violência sexual, mas explanando para a vítima a importância do procedimento judicial com fim de identificação do autor da violência, retirando-o do convívio social e evitando novos casos que partam dele.

Nesse sentido, a Portaria Interministerial MS/MJ/SPM-PR nº288, de 25 de março de 2015, estabeleceu orientações para a organização e integração do atendimento às vítimas de violência sexual pelos profissionais de segurança pública e pelos profissionais de saúde do SUS quanto à humanização do atendimento e ao registro de informações e coleta de vestígio com fim de comparação no banco genético nacional de DNA de agressores.

4 ABORDAGEM DA APLICABILIDADE PRÁTICA DAS LEGISLAÇÕES NOS CASOS REAIS DE GESTAÇÃO DECORRENTE DE ABUSO SEXUAL

O Serviço de Atendimento às Vítimas de Violência Sexual do Instituto da Mulher Dona Lindu no Estado do Amazonas, atendeu entre julho/2010 a maio/2019 o total de 2.100 vítimas, que receberam o acolhimento, o atendimento e, após avaliação da equipe multidisciplinar, foram encaminhadas aos procedimentos emergenciais ou ao aborto legal, quando fora desejo da vítima. Dessa forma, foram realizados 97 abortos legais, com vítimas em média 64% adultas, 23% crianças e 13% adolescentes, a partir dos protocolos para o abortamento instituídos pelo Ministério da Saúde.

Ainda que não tenha sido necessário o exame invasivo e coleta de vestígios da vítima, algumas informações fundamentais quanto as características do crime como o local, o tipo de violência, se a vítima foi forçada a utilizar algum tipo de droga, descrição da

aparência do autor, dentre outros, constam nos itens do formulário de atendimento e seriam fundamentais para traçar um perfil epidemiológico desse agressor e evitar prováveis novos casos. Porém, essas informações são compactadas e se tornam apenas dados estatísticos.

De toda forma, os dados são encaminhados ao Ministério da Saúde, compulsoriamente, e para o Sistema de Segurança Pública, quando é necessário o recebimento do feto, após o abortamento. Assim, mesmo que a vítima não tenha o desejo de passar adiante a situação e esteja legalmente segura de que isso não irá ocorrer, na verdade essas informações são repassadas as autoridades competentes, porém não são utilizadas para fins investigativos, tornando-se apenas dados estatísticos.

5 PROCEDIMENTO METODOLÓGICO

A metodologia aplicada à pesquisa científica foi a pesquisa descritiva com a finalidade de analisar a situação da gestação decorrente de violência sexual, partindo de uma revisão bibliográfica para apurar os aspectos jurídicos envolvidos na realização do abortamento, apresentação de legislações pertinentes ao tema e a análise da aplicação desses instrumentos jurídicos aos casos reais da violência sexual que teve como consequência uma gestação.

O estudo teve caráter qualitativa, com ênfase na avaliação de dados e comparação com o conteúdo bibliográfico e legislativo disponíveis.

Para isso, foi necessária uma pesquisa de campo em que foram coletados dados reais do Instituto da Mulher Dona Lindu na cidade de Manaus – Amazonas, através de relatórios do Serviço de Atendimento às Vítimas de Violência Sexual e do Anuário Brasileiro de Segurança Pública.

6 CONCLUSÕES

O que pode ser observado na prática é uma ineficácia não quanto a aplicabilidade das legislações, mas no conflito existente entre elas e que acabam gerando uma ineficácia na utilização dos dados que são obtidos durante o atendimento da vítima de violência sexual. O fluxo de informações fica à mercê do caminho a ser tomado pela vítima. A funcionalidade das legislações citadas, anteriormente, esbarra de maneira frontal com questões relativas à burocratização criada, internamente, em cada setor, de forma individual, que relativiza as legislações e que dificulta a tomada jurídica da investigação do agressor.

Por óbvio, é de extrema relevância que a vítima seja preservada e dessa maneira se sinta segura para procurar atendimento, por outro lado, a presunção de veracidade

quanto ao relato da vítima, sem que seja necessário procedimentos que visem a identificação do autor da agressão não torna possível a localização e punição pelo ocorrido.

O Direito tem o viés de resolver os liames da sociedade, dessa forma, conseguir identificar o agressor, a partir dos relatos da vítima que sofreu uma violência tão íntima a ponto de engravidá-la, é de suma importância para que ele não aja novamente, aumentando esses dados estatísticos. Pois ter esses dados que podem ser usados na investigação do agressor e nada fazer, gera um sentimento de impunidade estatal e ineficácia do sistema para a sociedade.

Cabe destacar que essa investigação além de identificar o agressor, também visaria não colocar em prova a veracidade do relato da vítima, tendo em vista a presunção de veracidade adotada primordialmente, mas diminuiria a possibilidade de relatos falsos e capazes de legalizar o aborto que não decorreu de violência sexual, mas somente de uma relação sexual casual que gerou uma gravidez indesejada.

O objetivo do legislador, bem como da comunidade científica do Direito deve ser o de estar sempre buscando solucionar as lacunas da lei e solucioná-las da melhor maneira possível. Isso inclui observar os normativos vigentes das mais variadas vertentes e encontrar neles formas de adequar o texto de lei a realidade.

Dessa forma, ainda que já tenhamos o Código Penal autorizando o aborto nos casos de gestação decorrente de violência sexual, importante se faz a aplicabilidade de legislações, portarias, normativos, complementares para que se tenha eficácia, assegurando os direitos da vítima e, também, possa agir ativamente no sentido de identificar, punir e evitar novas ocorrências, ainda que apenas decorrentes desse agressor que pode ter sido retirado do meio social.

7 REFERÊNCIAS

ALBERTON, Alexandre Marlon da Silva. O direito do nascituro a Alimentos. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. p. 1.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil brasileiro. 2002. Disponível em << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>> Acesso em: 13 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.778, de 24 de novembro de 2003. Estabelece a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados. 2003. Disponível em << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.778.htm>> Acesso em: 12 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.845, de 01 de agosto de 2013. Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. 2013. Disponível em << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2013/Lei/L12845.htm>> Acesso em: 24 set. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria de Consolidação nº 5, de 28 de Setembro de 2017. Consolidação das normas sobre as ações e os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 03. Out. 2017. p. 360.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria Interministerial nº 288, de 25 de março de 2017. Estabelece orientações para a organização e integração do atendimento às vítimas de violência sexual pelos profissionais de segurança pública e pelos profissionais de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS) quanto à humanização do atendimento e ao registro de informações de coleta de vestígios. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 mar. 2015. p.50.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 1.508, de 1º de setembro de 2005. Dispõe sobre o Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde-SUS. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 02. Set. 2005. p. 124.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.415.727-SC. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, publicado em 30/10/2014. Disponível em << <https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp>>> Acesso em: 24 set. 2019.

BRASÍLIA. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto São José da Costa Rica – de 22 de Novembro de 1969. Disponível em << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>> Acesso em: 13 set. 2019.

BRASÍLIA. Decreto nº 7.958, de 13 de março de 2013. Estabelece diretrizes para o atendimento às vítimas de violência sexual pelos profissionais de segurança pública e da rede de atendimento do Sistema único de Saúde. Disponível em <<

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7958.htm > > Acesso em: 13 set. 2019.

DREZETT, J.; PEDROSO, D.; GEBRIM, L.H.; MATIAS, M.L.; MACEDO JÚNIOR, H.; ABREU, L.C. 2011. Motivos para interromper legalmente a gravidez decorrente de estupro e efeitos do abortamento nos relacionamentos cotidianos das mulheres. *Reprodução & Climatério*, 26 (3) : 85- 91. <https://doi.org/10.1016/j.recli.2015.05.001>

Fórum Brasileiro de Segurança Pública. 13º Anuário Brasileiro de Segurança Pública: 2019. São Paulo, 2019

NUNES, M.C.A; Morais, N.A. Gravidez pós-estupro: considerações com base na Abordagem Bioecológica do Desenvolvimento Humano. *Contextos Clínicos*, 11 (3): 285-296. <http://dx.doi.org/10.4013/ctc.2018.113.01>.