

conceito jurídico

ano VI | janeiro de 2022 | nº 61



Roberto Cardone

O que são os privilégios tributários e por que pouco se fala deles?

Pág. 7



 zakarewicz
editora

O Direito Administrativo sancionador e a nova Lei de Improbidade Administrativa

DIREITO E BIOÉTICA

Maria Berenice Dias

Homofetividade e a omissão legal

OBSERVATÓRIO JURÍDICO

Walter Stuber

A Nova Regulamentação das Operações de Arrendamento Mercantil no Brasil

IN VOGA

Rômulo de Andrade Moreira

A convenção interamericana contra o racismo e a competência penal

ASSINE

conceito jurídico

À frente dos grandes
temas jurídicos



APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

LEITURA INDISPENSÁVEL
PARA QUEM QUER ESTAR
EM SINTONIA COM AS
TENDÊNCIAS DO
MUNDO JURÍDICO

conceito jurídico

EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL: Adriana Zakarewicz

Conselho Editorial: Almir Pazzianotto Pinto, Antônio Souza Prudente, Esdras Dantas de Souza, Habib Tamer Badião, José Augusto Delgado, José Janguê Bezerra Diniz, Kiyoshi Harada, Luiz Flávio Borges D'Urso, Luiz Otavio de O. Amaral, Otavio Brito Lopes, Palhares Moreira Reis, Sérgio Habib, Wálteno Marques da Silva

Diretores para Assuntos Internacionais: Edmundo Oliveira e Johannes Gerrit Cornelis van Aggelen

Colaboradores: Alexandre de Moraes, Álvaro Lazzarini, Anderson Couto do Amaral, Antônio Carlos de Oliveira, Antônio José de Barros Levenhagen, Aramis Nassif, Arion Sayão Romita, Armand F. Pereira, Arnaldo Wald, Benjamim Zymler, Cândido Furtado Maia Neto, Carlos Fernando Mathias de Souza, Décio de Oliveira Santos Júnior, Eliana Calmon, Fátima Nancy Andrighi, Fernando Tourinho Filho, Fernando da Costa Tourinho Neto, Georgenor de Souza Franco Filho, Geraldo Guedes, Gilmar Ferreira Mendes, Gina Copola, Gustavo Filipe B. Garcia, Humberto Theodoro Jr., Inocêncio Mártires Coelho, Ivan Barbosa Rigolin, Ives Gandra da Silva Martins, Ivo Dantas, Jessé Torres Pereira Junior, J. E. Carreira Alvim, João Batista Brito Pereira, João Oreste Dalazen, Joaquim de Campos Martins, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, José Alberto Couto Maciel, José Carlos Arouca, José Luciano de Castilho Pereira, Libero Penello Filho, Lincoln Magalhães da Rocha, Marco Aurélio Mello, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Mário Antonio Lobato de Paiva, Marli Aparecida da Silva Siqueira, Néelson Nery Jr., Reis Friede, Ricardo Luiz Alves, Roberto Davis, Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson, Tereza Alvim, Tereza Rodrigues Vieira, Toshio Mukai, Vantuil Abdala, Vicente de Paulo Saraiva, William Douglas, Youssef S. Cahali.

Diretor Geral: André Luis Marques Viana

Revisão: ZK Editora

Arte e Diagramação: Charles Design

Marketing: Diego Zakarewicz

CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE

Tel. (61) 3263-1362

Redação e Correspondência

artigos@zkeditora.com.br

Revista Conceito Jurídico é uma publicação da Zakarewicz Editora. As opiniões emitidas em artigos assinados são de inteira responsabilidade dos seus autores e não refletem, necessariamente, a posição desta Revista.

ANÚNCIOS

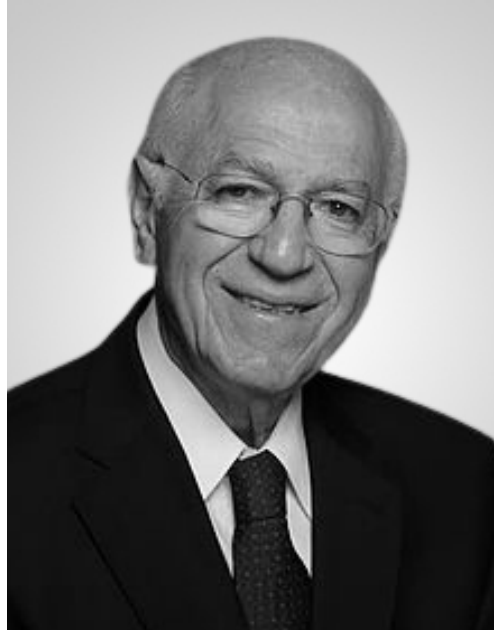
comercial@zkeditora.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

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


zakarewicz
editora





José Pastore

ARQUIVO PESSOAL

Dez motivos de esperança para o emprego em 2022



Fazer projeções sobre o mercado de trabalho é sempre uma aventura, especialmente em um cenário de tantas incertezas (nova onda de covid-19, inflação disparada, juros em alta, embate eleitoral). Ainda assim vou arriscar e faço isso com base em atividades que me parecem já contratadas para 2022. Esta é a minha lista de esperanças.

1 – Os negócios de alojamento, restaurantes, viagens e estadia em hotéis que estão bombando no momento devem continuar ativos até o fim de 2022, o que ampliará as oportunidades de trabalho. O mesmo deve ocorrer com a expansão dos hospitais, laboratórios e clínicas populares do tipo Dr. Consulta.

2 – Agronegócio e minérios prometem boas oportunidades de negócios em 2022 (exportação), o que os levará a abrir muitas vagas de trabalho diretas e indiretas de vários níveis de qualificação.

3 – Na infraestrutura, as inúmeras concessões realizadas nas áreas de transporte, energia, saneamento e comunicação (5G) devem ampliar o emprego na construção para realizar as obras de expansão e modernização que, por força de contratos assinados em 2021, têm de começar imediatamente.

4 – No âmbito do desenvolvimento regional, o atual ritmo acelerado da reativação de obras paradas e construção de novas no interior do país (casas populares, saneamento, pavimentação, recuperação de rodovias, controle de enchentes, adutoras) deve ser mantido e até aumentado em ano eleitoral, o que gera trabalho para vários tipos de trabalhadores.

5 – Com os cofres cheios nos estados e municípios, governadores e prefeitos também vão acelerar obras e serviços de atendimento à população na infraestrutura, saúde, educação, mobilidade urbana, o que deve abrir novas oportunidades de trabalho.

6 – A necessidade de descarbonizar a economia por pressões econômicas nacionais e internacionais intensificará as atividades e combate ao desmatamento, despoluição, defesa de fauna e flora tanto nas empresas como nos governos federal, estadual e municipal, o que fará aumentar a demanda por trabalhadores de várias qualificações.

7 – O e-commerce acoplado aos serviços de grandes armazéns para depósito e distribuição deve ampliar as oportunidades de trabalho, em especial, para os que se dedicam à logística.


8 – A concessão de vários tipos de transferência de renda (Auxílio Brasil, Alimenta Brasil, Vale-Gás, Voucher de Caminhoneiro e outros) deve aumentar o poder de compra das camadas mais pobres e, com isso, ativar os pequenos negócios, o que exigirá a contratação de pessoal adicional.

9 – A crescente preocupação com ESG e diversidade levará as empresas a contratar mais pessoal para agir diretamente nesses temas, com desdobramentos em vários tipos de contratação indireta.

10 – Com a ampliação da segurança trazida pela vacinação, o setor de esportes e entretenimento voltará a contratar os que foram despedidos e até ampliar o quadro de pessoal em 2022.

É claro que todas essas projeções poderão virar devaneios se o Brasil vier a sofrer nova onda de coronavírus com o fechamento de empresas e o isolamento das pessoas. Acho que as incertezas políticas de um ano eleitoral não terão forças para esterilizar as novas atividades e as que estão em andamento, pois a maioria já tem recursos alocados.

A retomada do emprego não será nada retumbante de modo a derrubar a taxa de desocupação para o nível de um dígito, acabar com a informalidade ou elevar o rendimento real que foi tão deprimido nos últimos tempos. Mas permitirá dizer que, no campo do trabalho, 2022 será melhor do que os anos 2020-21.

Daqui para a frente, só me resta aprimorar as minhas orações... 

SUMÁRIO

3

COM A
PALAVRA

**Dez motivos de esperança
para o emprego em 2022**

José Pastore

7

ENTREVISTA

**O que são os privilégios
tributários e por que
pouco se fala deles?**

Roberto Cardone

10

PAINEL
ECONÔMICO

**Sinais internacionais mostram
que o combate à corrupção
ainda está na ordem do dia**

Luciano Inácio de Souza e
Luiz Henrique Jesus

12

DIREITO E
BIOÉTICA

**Homoafetividade e a
omissão legal**

Maria Berenice Dias

18

PAINEL DO
LEITOR

**Adesão à Convenção de
Budapeste sobre o Crime
Cibernético é importante, mas
também impõe desafios ao Brasil**

Yuri Sahione Pugliese e
José Henrique Ballini Luiz

21

PROPOSTAS E
PROJETOS

**Aprovação tardia do PLP 32/2021
para cobrança do diferencial de
alíquotas do ICMS: nova polêmica
envolvendo o ICMS**

Carolina Romanini Miguel

23

DESTAQUE

**2021: O ano da consolidação
do Direito Previdenciário**

Sérgio Henrique Salvador

25

CAPA

**Aplicação retroativa da Lei nº
14.230/2021 (Lei de Improbidade
Administrativa) e as ações
distribuídas pela lei anterior (Lei
nº 8.429/92) e demais normas de
direito administrativo sancionador**

Mauro Roberto Gomes de Mattos

41

CAPA

**Hipocrisia derrotada:
A Lei nº 14.230/21**

Ivan Barbosa Rigolin

47

CAPA

**O dolo na nova lei de
Improbidade Administrativa**

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

50

CAPA

**A nova Lei de Improbidade
Administrativa deve ser
aplicada retroativamente?**

José Miguel Garcia Medina

52

CAPA

**Acordo de não persecução cível:
uma solução para os processos
de improbidade administrativa?**

Fernando Drummond

SUMÁRIO

55

IN VOGA

A convenção interamericana contra o racismo e a competência penal

Rômulo de Andrade Moreira

60

CONTEXTO

APACs: o outro lado

André Luis Alves de Melo

65

CONJUNTURA

Aposentadoria para a mulher em 2022

João Badari

68

CASOS PRÁTICOS

O caso da boate Kiss e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Cássio Faeddo

71

ENFOQUE

Indenização Integral para Armas em Caso de Procedência das ADIs 6.675, 6.677 e 6.676

César Antônio Tuoto Silveira Mello

77

OBSERVATÓRIO JURÍDICO

A Nova Regulamentação das Operações de Arrendamento Mercantil no Brasil

Walter Stuber

93

PORTAL JURÍDICO

Mais servidores nos 70% do Fundeb – o que prevalece? A anualidade orçamentária ou a data de publicação da Lei nº 14.276/2021?

Flavio Corrêa de Toledo Junior

98

GESTÃO EMPRESARIAL

Perspectivas e desafios do varejo em 2022

Daniel Cerveira

100

TENDÊNCIAS

Compromisso Global sobre Metano é essencial para combater o aquecimento global

Maurício Pellegrino de Souza,
Rebeca Stefanini Pavlovsky e
Yago Freire

102

PONTO DE VISTA

Sem pressa, mas sem pausa: o primeiro ano de atuação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados

Camila Camargo e Nailia Franco



Roberto Cardone

ARQUIVO PESSOAL

O que são os privilégios tributários e por que pouco se fala deles?

Não é novidade que o cenário tributário do Brasil pode ser extremamente problemático à primeira vista, considerando a quantidade de variáveis que só dificultam uma compreensão total do que está sendo apresentado em termos legais. Nesse contexto, uma vertente pouco falada e tão importante quanto às demais repousa no campo dos privilégios tributários e como eles refletem em um gargalo econômico que poderia ser preenchido com investimentos benéficos para o país. E para esclarecer sobre os efeitos abrangentes acerca da arrecadação tributária do País, e esses privilégios que refletem de forma fiel a complexidade do ambiente tributário brasileiro, convidamos o Dr. Roberto Cardone que é formado em Direito, executivo que possui mais 20 anos de experiência no ramo jurídico, com especialização em direito tributário e foco no suporte às empresas e atividades de consultoria, administração e gestão empresarial. Confira!

CONCEITO JURÍDICO – *Para quem são concedidos os privilégios tributários?*

ROBERTO CARDONE – São concedidos a setores selecionados de nossa sociedade, esses privilégios, apesar de serem respaldados pelo meio legal, carecem de um embasamento técnico que justifique a concessão de benefícios como uma aliada importante ao desenvolvimento econômico da nação, de forma sustentável e igualitária.

CONCEITO JURÍDICO – *Esses benefícios são privilégios em função da concentração renda?*

Roberto Cardone – Exatamente! Em contrapartida, existem teses que ligam essa condição à concentração de renda e outros elementos que pesam negativamente para nossa economia. Entre tantas informações e possibilidades, o primeiro passo é entender a situação atual dos privilégios tributários e qual é seu real impacto para nossa sociedade como um todo.

CONCEITO JURÍDICO – *Na prática, o que são privilégios tributários?*

ROBERTO CARDONE – Exceções, benefícios e isenções, no fim, dependendo do caso e da interpretação extraída da legislação, todos esses componentes podem ser configurados em privilégios tributários, que se mostram gastos fornecidos a parcelas específicas de contribuintes, sem que ocorra uma contrapartida adequada ou confirmada por estudos técnicos. Em outras palavras, a utilidade econômica e social, defendida por nossa Constituição, não é comprovada.

CONCEITO JURÍDICO – *E a justiça fiscal?*

ROBERTO CARDONE – A justiça fiscal é um objetivo que centraliza o debate acerca dos privilégios tributários. Não há como negar a importância de se modificar o espectro tributário de um país que anseia por uma reforma robusta nesse sentido.

CONCEITO JURÍDICO – *E como fica o fator condicional?*

ROBERTO CARDONE – Evidentemente, o fator condicional também é decisivo e vai de encontro a circunstâncias ocasionais. Por exemplo, durante um determinado período de 2020, por conta do avanço do coronavírus e a necessidade de inserir o distanciamento social, o que culminou no fechamento de atividades não essenciais, o Governo Federal e o Congresso criaram medidas que visavam facilitar a tributação para o setor de empreendedores brasileiros. Nesse caso, privilégios tributários mostraram-se factíveis e adequados à

realidade nacional, suprindo demandas em um momento extremamente atípico.

CONCEITO JURÍDICO – *E como estão as projeções para o futuro do Brasil?*

ROBERTO CARDONE – Se em teoria os privilégios tributários podem ser prejudiciais e culminar em uma espécie de injustiça fiscal, essa linha de pensamento tem sido transmitida por meio de pesquisas e dados. Segundo um estudo realizado pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal (Unafisco Nacional), o Brasil deixou de arrecadar aproximadamente R\$ 315 bilhões por conta dos privilégios tributário em 2021.


CONCEITO JURÍDICO – *O que foi levado em consideração neste levantamento?*

ROBERTO CARDONE – O levantamento considerou subsídios e isenções dentro do escopo de privilégios firmados sem qualquer contrapartida estabelecida, como citado anteriormente. Vale destacar que a projeção estimou os possíveis ganhos arrecadados se todos os impostos previstos na Constituição estivessem com a regulamentação em dia e fossem cobrados. Ainda segundo a Unafisco, a Isenção dos Lucros e Dividendos Distribuídos por Pessoa Jurídica e a não instituição do Imposto Sobre Grandes Fortunas encabeçam a lista de maiores privilégios.

CONCEITO JURÍDICO – *Na sua opinião o que deixa de ser arrecadado de certa forma não assusta?*

ROBERTO CARDONE – Claro, o tamanho do valor que poderia ser arrecadado assusta e proporciona um enorme sentimento de insatisfação ao ponderarmos utilidades sociais importantes para tal quantia. No campo tributário, existem pontos de melhoria inegáveis. Esse, certamente, é um tópico a ser aprofundado e adaptado à realidade de nosso país.

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

ROBERTO CARDONE – Para encerrar, devido à seriedade e a relevância do assunto proposto, é preponderante que cada vez mais se discuta o que se perde e o que se deve ser melhorado no Sistema Tributário Nacional, estendendo a finalidade para a questão dos privilégios tributários. Com a participação de todos e uma atuação concisa das autoridades, poderemos, juntos, caminhar para um futuro com mais igualdade e distribuição responsável de riquezas. 



Sinais internacionais mostram que o combate à corrupção ainda está na ordem do dia

■ POR LUCIANO INÁCIO DE SOUZA E LUIZ HENRIQUE JESUS

“Estima-se que atos de corrupção enfraquecem entre 2% e 5% do produto interno bruto global e mesmo que esses custos não sejam compartilhados uniformemente em todo o mundo, o produto desses atos ultrapassa as fronteiras nacionais e pode impactar economias e sistemas políticos distantes de sua origem.”

Com o avanço da vacinação em diversos países do mundo, observa-se uma retomada econômica mundial, mesmo que tímida, após quase dois anos de pandemia. Negócios suspensos no final de 2019 e início de 2020 foram retomados. E neste contexto, alguns sinais externos importantes foram dados nos últimos dias, e já anteciparam o padrão que será adotado internacionalmente no combate a prática de corrupção nas transações internacionais.

No dia 26 de novembro de 2021, o Conselho para Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da OCDE, aprovou uma nova versão da Recomendação (Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions) ou apenas “Recomendações Anticorrupção de 2021”.

A atualização da Recomendação foi precedida por uma pesquisa de áreas prioritárias e consultas públicas conduzida pelo Grupo de Trabalho sobre Suborno em Transações Comerciais Internacionais (WGB), com a realização de um levantamento sobre a questão nos

últimos dez anos e apresentação da proposta de revisão da Recomendação para aprovação do Conselho.

Essa revisão de 2021 busca atualizar e expandir a Recomendação Anticorrupção implementada em 2009 e tem como objetivo principal apoiar ainda mais a plena efetividade de práticas anticorrupção, refletindo as tendências e desafios recentes no campo da corrupção estrangeira. O objetivo é garantir que a Recomendação permaneça relevante e eficaz na luta contra condutas que violem normas, incluindo ligações potenciais entre instituições e a prática de corrupção e levando em conta a relevante posição assumida por novas tecnologias nos últimos dez anos, além de adicionar a questão de combate à corrupção em períodos de crise, visto a recente exposição do mundo a COVID-19


Essa atualização trouxe novos capítulos, voltados para as novas situações em que o mundo atual se encontra inserido, valendo destacar os tópicos sobre: sanções e confisco (Sanctions and Confiscation); acordos de não persecução (Non-trial Resolutions); cooperação internacional (International Co-operation); proteção de denunciante de boa-fé (Protection of Reporting Persons); incentivos para conformidade (Incentives for Compliance); e proteção de dados (Data Protection).

Outra movimentação recente e que reforça sinais de que o combate a corrupção em transações internacionais ocupa posição de destaque, especialmente em pautas de segurança nacional, foi a emissão do “Memorando de Estudo de Segurança Nacional” pelo atual Presidente Norte-Americano.

Alinhado ao objetivo das Recomendações Anticorrupção de 2021, o documento publicado pela Casa Branca, no dia 3 de junho de 2021, estabelece o combate à corrupção como um dos principais interesses de segurança nacional dos Estados Unidos.

O Presidente Joseph Biden aponta que sua administração liderará os esforços para promover pontos chave na luta contra atos de corrupção, sendo os principais: promover a boa governança; aprimorar a transparência nos Estados Unidos e nos sistemas financeiros globais; prevenir e combater a corrupção no país e no exterior; e tornar cada vez mais difícil para atores corruptos protegerem suas atividades.

Segundo o Memorando, estima-se que atos de corrupção enfraquecem entre 2% e 5% do produto interno bruto global e mesmo que esses custos não sejam compartilhados uniformemente em todo o mundo, o produto desses atos ultrapassa as fronteiras nacionais e pode impactar economias e sistemas políticos distantes de sua origem.

Esses posicionamentos, de atores globais relevantes para a dinâmica geopolítica mundial, indicam que o combate à corrupção continua em destaque na agenda internacional e sinalizam que a OCDE e os Estados Unidos atuarão fortemente nessa frente. O mercado, as operações e transações internacionais poderão sentir os reflexos desses posicionamentos e atuação nos próximos meses e anos. 



ARQUIVO PESSOAL

LUCIANO INÁCIO DE SOUZA é Advogado na área de Compliance, Penal Econômico, Investigações e ESG & Impacto.



ARQUIVO PESSOAL

LUIZ HENRIQUE JESUS é Advogado na área Anti-corrupção, Compliance e Investigações Internas.

Homoafetividade e a omissão legal

■ POR MARIA BERENICE DIAS



“É indispensável uma legislação que consolide os direitos assegurados no âmbito judicial, criminalizar a homofobia e impor políticas públicas.”

Relações entre pessoas do mesmo sexo sempre existiram. Uma realidade tão antiga como a própria humanidade. Durante longo período, principalmente à época das civilizações greco-romanas, o relacionamento homossexual gozava de certo prestígio. Verdadeiro rito de passagem para a idade adulta.

Havia uma diferença entre gregos e romanos: os homens gregos cortejavam os meninos de seu interesse, com agrados que visavam persuadi-los a reconhecer sua honra e suas boas intenções; entre os romanos, o amor por meninos livres era proibido, uma vez que a sexualidade desse povo estava intimamente ligada à dominação. Assim, era permitido apenas o amor por jovens escravos (VECCHIATTI, 2013, p. 45).

De qualquer modo, a homossexualidade não era considerada uma degradação moral, um acidente ou um vício (BLEICHMAR, 1998, p. 39). Expressões como pederastia, sodomia, não dispunham de conteúdo pejorativo ou ofensivo.

Com o advento do cristianismo o exercício da sexualidade passou a ser considerado um pecado, sendo admitido apenas dentro do casamento e exclusivamente para fins procriativos. Prazer e sexo recreativo eram inaceitáveis. O matrimônio transformou-se em sacramento unido de divindade. A monogamia e a virgindade para as mulheres eram valorizadas como símbolos de virtude, de pureza (OLIVEIRA, 2011, p. 154).

A suposta crença de que a Bíblia condena a homossexualidade sustenta e incentiva o ódio e a crueldade contra a população LGBTQIA+ – lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, queer, intersexo e assexuados. A justificativa para considerar as relações homossexuais pecado é porque está escrito na Bíblia: com o homem não te deitarás como se fosse mulher, é abominação (Levítico, 18:22). No entanto, o padre católico-romano Daniel A. Helminiak é categórico: Para mim, a Bíblia não fornece qualquer base real para a condenação da homossexualidade (HELMINIAC, 1998, p. 16).

A partir do momento em que a igreja sacralizou o conceito de família, conferindo-lhe finalidade meramente reprodutiva, as relações homossexuais foram consideradas verdadeira perversão, aberração da natureza, pecado abominável. Os homossexuais passaram a conviver com a intolerância. Condenados à absoluta invisibilidade, os vínculos afetivos – cujo único diferencial decorre do fato de serem constituídos por pessoas de igual sexo –, se tornaram alvo do preconceito e do repúdio social. A mais chocante consequência desta rejeição é a omissão legislativa. A ausência de leis leva à exclusão de direitos no âmbito da tutela jurídica do Estado.

A onda de conservadorismo provocada pelas religiões refletiu-se no Brasil. Até a Proclamação da República, o catolicismo era a religião oficial. Apesar de a Constituição da República consagrar o princípio da laicidade (CR, art. 5º, VI), invoca em seu preâmbulo a proteção de Deus.

Mais recentemente as igrejas evangélicas defendem uma teocracia monoteísta excludente, intolerante, sexista e violenta. Intitulam-se neopentecostais, mas se agarram aos livros do antigo testamento, realizando uma leitura seletiva e homofóbica (DIAS, 2016, p. 53).

A partir da glamorização dos direitos humanos, começou a haver a valorização da pessoa humana e com isso uma maior tolerância para com as diversidades sexuais. Os direitos fundamentais não são direitos de todos, mas direitos de cada indivíduo singularmente. A liberdade de um é condição da liberdade dos outros. Partindo desse pressuposto, o direito de personalidade não permite a influência do Estado na vida afetiva do indivíduo, tampouco na sua orientação sexual ou identidade de gênero. Deve ser-lhe assegurado o direito de constituir família com pessoa do mesmo ou do sexo oposto.

Classicamente é dito – mas pouco praticado – que a igualdade é assegurar tratamento igual aos iguais, e desigual aos desiguais, em conformidade com a sua desigualdade. Em lugar de se reivindicar uma identidade humana comum, são contempladas as diferenças existentes entre as pessoas. A humanidade é diversificada e multicultural. Assim, é mais útil procurar compreender e regular os conflitos inerentes à diversidade do que buscar uma falsa – porque inexistente – identidade. Ou seja, igualdade significa direito à diferença.

As regras sociais vigentes em cada tempo autorizam e estimulam determinados tipos de relações e condenam à clandestinidade tudo o que escapa do modelo convencional. A família tinha um perfil matrimonial, patrimonializado, patriarcal, hierárquico, verticalizado e heterossexual (DIAS, 2016, p. 106). No entanto com a evolução dos costumes, que muito se deve ao movimento feminista, o conceito de família alargou-se.

As premissas básicas em que sempre esteve apoiado o conceito de família – sexo, casamento e reprodução – desatrelaram-se (PEREIRA, 2001, p. 62). Passou a se admitir uma coisa sem a outra. Há família sem casamento, aí está a união estável. Há família sem conotação de ordem sexual, a exemplo da família monoparental. A evolução da engenharia genética permite a reprodução sem contato sexual.

Esta visão abrangente levou à necessidade de se buscar um novo conceito de família que não mais tenha tais pressupostos como elementos caracterizadores. Entre os rumos de transformação das relações familiares, a reestruturação da família do tipo patriarcal para uma organização democrática, igualitária, pluralista, permitiu a ocorrência de importante fenômeno: a desbiologização, a substituição do elemento carnal pelo elemento afetivo ou psicológico (GAMA, 2000, p. 17).

O novo olhar sobre a sexualidade valorizou os vínculos familiares, que passaram a se sustentar no amor e no afeto. Sem afeto não se pode dizer que há família. É o afeto que conjuga. E, assim, o afeto ganhou *status* de valor jurídico e logo foi elevado à categoria de princípio. Resultado de uma construção histórica, em que o discurso psicanalítico é um dos principais responsáveis, o desejo e o amor começaram a ser vistos e considerados como o verdadeiro sustento do laço conjugal (PEREIRA, 2014, p. 194).

A família tornou-se um caleidoscópio de relações que muda no tempo, transforma-se com a evolução da cultura, de geração para geração (GROENINGA,

2003, p. 125). Exigir o requisito da diversidade de sexos, não mais se sustenta frente à repersonalização do Direito das Famílias.

O centro de gravidade das relações de família situa-se modernamente na mútua assistência afetiva, elemento essencial das relações interpessoais, ao qual o Direito não pode ficar indiferente. É o afeto que aproxima as pessoas, dando origem a relacionamentos que geram consequências jurídicas. Em nome do respeito à diferença, foi construído um conceito plural de família.

Para a configuração de uma entidade familiar, não mais é exigido como elemento constitutivo: a existência de um casal heterossexual, a prática sexual – chamada pela feia expressão “débito conjugal” – e nem a capacidade reprodutiva. A evolução científica, principalmente na área da biociência, acabou influenciando no próprio comportamento das pessoas e se refletiu na estrutura familiar.

Assim, é indispensável ter uma visão plural das estruturas familiares e inserir no conceito de entidade familiar os vínculos afetivos que, por envolverem mais sentimento do que vontade, merecem a especial proteção que só o Direito das Famílias consegue assegurar. Por isso é necessário reconhecer que, independente da identidade sexual do par, a união de afetos são uma família, gerando direitos e impondo obrigações aos seus integrantes.

No cenário da vida como ela é, o afeto por vezes falta, o egoísmo aflora, mas os deveres estabelecidos nas relações afetivas devem ser integralmente preservados. Indispensável que, uma vez introduzida a realidade da vida, do amor e do afeto na experiência normativa, não se releguem as relações de família, filiais ou conjugais, à pura espontaneidade, desprovida de valores, deixando-se em segundo plano os deveres constitucionais a que corresponde o amor responsável. A autonomia é total para os arranjos familiares, sendo a responsabilidade pelo outro e por tudo aquilo que se cativa imprescindíveis na legalidade constitucional (TEPEDINO, 2015, p. 15).

Como a família tem o afeto como pressuposto, trata-se de relação da ordem da solidariedade. Portanto, todas as espécies de vínculos que tenham por base o afeto são merecedoras da proteção do Estado. O enorme preconceito de que os homossexuais sempre foram alvo e o repúdio aos seus vínculos de convivência acabou por gerar a necessidade da criação de um novo vocábulo que retirasse das uniões de pessoas do mesmo sexo a característica exclusivamente da ordem da sexualidade. Daí homoafetividade, para marcar que os relacionamentos estão calcados muito mais no elo da afetividade que une o par, não se limitando a mero propósito de natureza sexual. Ainda que as pessoas continuem se identificando e sendo identificadas como homossexuais, os vínculos interpessoais que entretêm constituem uniões homoafetivas. Apesar de sofrer críticas isoladas de alguns integrantes dos movimentos sociais, que receiam a eliminação do caráter erótico da relação, o fato é que as expressões homoafetividade e união homoafetiva se popularizaram.

O neologismo foi criado no ano de 2000, quando da primeira edição da minha obra *Homossexualidade: o Preconceito e a Justiça*, atualmente na 7ª

edição, com o nome de Homoafetividade e direitos LGBTI, São Paulo: RT, 2016.).

O enfoque atual da família volta-se muito mais à identificação do vínculo afetivo que aproxima seus integrantes do que à diversidade ou igualdade sexual de seus membros. Admitir a existência de comunidades familiares que não se caracterizam pelo vínculo matrimonial é respeitar os valores constitucionais da democracia e a eficácia dos direitos fundamentais. Ressaltada a identificação da família pelo elo da afetividade, o silogismo é singelo. Como as uniões homoafetivas têm origem num vínculo afetivo, elas são uma família. São relações afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso. Deste modo é de se admitir a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união heteroafetiva e união homoafetiva. Ambas as entidades familiares que fazem jus à mesma proteção. Com isso as ações envolvendo vínculos afetivos de homossexuais passaram a ser julgadas pelos juízes de família, e identificados como entidade familiar, merecedores de igual tutela das uniões heteroafetivas.

A perversa e preconceituosa omissão do legislador em regulamentar as uniões entre pessoas do mesmo sexo não quer dizer que elas não formam uma entidade familiar, que não merecem a proteção do Estado, não têm direito a constituírem união estável e nem acesso ao casamento. Significa tão só o medo de deputados e senadores de serem rotulados de homossexuais, de desagradarem o eleitorado que é majoritariamente conservador. E para não comprometerem sua reeleição, até hoje se negam a aprovar qualquer projeto de lei que assegure direitos às uniões homoafetivas.


Mas a justiça reconheceu que a falta de lei não significa ausência de direito, foram estendidas às uniões homoafetivas os mesmos direitos e deveres. Os homossexuais se casam, podem adotar filhos, fazer uso das técnicas de reprodução assistida e têm reconhecidos direitos previdenciários e sucessórios.

No entanto, isto não basta. Ainda é pouco.

É indispensável uma legislação que consolide os direitos assegurados no âmbito judicial, criminalizar a homofobia e impor políticas públicas.

O desafio foi aceito pela Ordem dos Advogados do Brasil, que elaborou o Projeto do Estatuto da Diversidade Sexual e Gênero, apresentado ao Senado Federal, por iniciativa popular, acompanhado de mais de 100 mil assinaturas.

Infelizmente o PLS 134/2018, como todos os projetos de lei, não avança.

Ainda assim, esta é a única forma de reivindicar tratamento igualitário a todos, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Em um Estado Democrático de Direito, é de todo descabida exclusão de qualquer segmento da tutela jurídica, o que acaba por afetar a todos. Afinal, trata-se de uma questão de cidadania. Como diz Gustavo Tepedino, é necessário preservar a ordem pública constitucional – democrática, tolerante, igualitária, solidária e personalista, considerando-se inconstitucional a atuação das autoridades públicas ablativa dos núcleos familiares formadas por pessoas do mesmo sexo (TEPEDINO, 2009, p. 229). 

REFERÊNCIAS

- BLEICHMAR, Silvia. Pontualizações para uma teoria psicanalítica da homossexualidade. In: GRAÑA, Roberto B. (org.). *Homossexualidade: formulações psicanalíticas atuais*. Porto Alegre: Artmed, 1998.
- CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2015.
- DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.
- DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (coords.). *Manual de direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e reprodução assistida sob a perspectiva do Direito comparado. *Revista Brasileira de Direito de Família*. n. 5. p. 7-28. Porto Alegre, abr.-jun. 2000.
- GROENINGA, Giselle Câmara. Família: um caleidoscópio de relações. In: _____; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e psicanálise*. São Paulo: Imago, 2003. p. 125-142.
- HELMINIAC, Daniel. *O que a Bíblia realmente diz sobre a homossexualidade*. São Paulo: Summus, 1998.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Homossexualidade: uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica*. São Paulo: RT, 2011.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos Tribunais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- _____. Princípio da afetividade. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 171-178.
- QUINET, Antônio; JORGE, Marco Antônio Coutinho. (Orgs.). *As homossexualidades na psicanálise: na história de sua despatologização*. São Paulo: Segmento Farma, 2013.
- RODRIGUES, Humberto. *O amor entre iguais*. São Paulo: Mytus, 2004.
- _____. Dilemas do Afeto. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Anais do X Congresso Brasileiro de Direito de Família: Famílias nossas de cada dia*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 11-28.
- _____. União de pessoas do mesmo sexo à luz do direito civil-constitucional. In: DIAS, Maria Berenice (org.). *Direito das Famílias*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 212-229.
- VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da Homoafetividade: Da possibilidade jurídica do casamento civil. Da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. 3. ed. São Paulo: Passotto, 2019.



MARIA BERENICE DIAS é Advogada, Vice Presidente Nacional do IBDFAM, Presidente da Comissão de Direito Homoafetivo e Gênero do IBDFAM.

Adesão à Convenção de Budapeste sobre o Crime Cibernético é importante, mas também impõe desafios ao Brasil

■ POR YURI SAHIONE PUGLIESE E JOSÉ HENRIQUE BALLINI LUIZ



“Embora com atraso, o Brasil dá um importante passo na estratégia de repressão a crimes cibernéticos com a adesão à Convenção de Budapeste.”

O combate aos crimes cibernéticos – ou cibercrimes – é um dos maiores desafios que o século XXI impôs aos Estados no que se refere à persecução penal em sentido amplo. De fato, o desenvolvimento e difusão do uso da internet foi refletido na sofisticação e disseminação das práticas delituosas que se operam por meio da rede mundial de computadores.

Verificado esse fenômeno, uma série de providências precisam ser tomadas para garantir a eficiência da prevenção, identificação e repressão a delitos dessa natureza, as quais vão da necessária modernização legislativa, visando à atualização do ordenamento jurídico para que acompanhe a marcha veloz do desenvolvimento tecnológico, até a confecção, aquisição e incorporação às forças policiais de instrumentos tecnológicos úteis à atividade investigativa nesse novo cenário.

A característica mais complexa dos cibercrimes, porém, é provavelmente o fato de operarem em um plano paralelo que parece não conhecer fronteiras, o da internet. Nesse contexto, a prática de crimes que, de alguma forma, têm sua execução ou seus efeitos desdobrados em diferentes jurisdições impõe às autoridades públicas um ônus de cooperação e coordenação na atividade de persecução penal, tarefa que muitas vezes esbarra em disparidades legislativas e entraves burocráticos na relação entre países.

Foi justamente por isso que, os Estados membros do Conselho da Europa celebraram a Convenção sobre o Crime Cibernético em Budapeste, na Hungria, em 23 de novembro de 2001, “preocupados com os riscos de as redes informáticas e as informações eletrônicas também poderem ser utilizadas para a prática de crimes e de as provas dessas infrações poderem ser armazenadas e transferidas por meio dessas redes”. Segundo o texto, os Estados se mostravam “conscientes das profundas mudanças desencadeadas pela digitalização, interconexão e contínua globalização das redes informáticas”.

Agora, passadas mais de duas décadas da celebração da referida convenção, o Brasil enfim aderiu formalmente à Convenção de Budapeste com a publicação do Decreto Legislativo nº 37/2021.

É importante notar que a adesão ocorre em um momento no qual o país emerge de uma pandemia sanitária de escala global durante a qual o mundo assistiu a uma significativa escalada no alcance dos crimes cibernéticos, que vitimaram grandes empresas e até mesmo instituições públicas por meio de práticas de sequestro de dados e extorsão.

Embora sejam antigas as discussões para que o Brasil modernizasse sua legislação que versa sobre cibercrimes e demais balizas normativas para a regulação e uso da internet, não deixa de ser relevante que um passo importante como esse seja tomado agora.

A partir de agora, inicia-se a etapa de evolução do direito interno para harmonização com a Convenção de Budapeste e potencialização dos instrumentos de cooperação que permitam, de fato, a plena colocação do Brasil em um cenário de integração no cenário internacional de combate aos cibercrimes. Dessa maneira, também vêm à pauta outros problemas que essa potencialização pode acarretar – dentre os quais se destaca a proteção de dados pessoais

no campo da investigação criminal, matéria ainda tortuosa no direito brasileiro e, em grande parte, pendente de regulamentação legislativa.

A Convenção de Budapeste, ao longo de suas dezenas de artigos, impõe aos Estados-parte deveres como a implementação de medidas nas jurisdições nacionais, além de atuações de cooperação.


Nesse sentido, caberá aos legisladores e à sociedade civil organizada promoverem uma ampla rediscussão da legislação penal e processual penal no que concerne aos cibercrimes, tomando o texto convencional como guia. Assim, deve-se buscar a garantia de que o ordenamento jurídico brasileiro possa se adequar aos padrões internacionais a que o Estado aderiu.

Essa revisão legislativa deve abranger desde os tipos penais existentes atualmente até as formas de responsabilização. A convenção versa, por exemplo, sobre a necessidade de disciplina adequada dos crimes contra a confidencialidade, integridade e disponibilidade de dados e sistemas de computador; crimes informáticos propriamente ditos; crimes relacionados ao conteúdo da informação; e violação de direitos autorais e de direitos correlatos; além das formas de responsabilização das pessoas jurídicas.

Vale notar que grande parte das condutas referidas pela convenção estão tipificadas como crimes pela legislação brasileira. No entanto, o tratamento penal que lhes é dado não parece espelhar o potencial danoso e a complexidade do mundo digital que agora conhecemos. O delito de invasão de dispositivo informático (art. 154-A do Código Penal), por exemplo, foi introduzido no direito brasileiro em 2012, mas deixou de ser enquadrado como infração penal de menor potencial ofensivo e teve a sua pena aumentada apenas no ano passado, com o advento da Lei nº 14.155/2021. Isso denota que a harmonização do direito penal brasileiro com a realidade dos cibercrimes ainda caminha devagar e exige um esforço mais amplo.

No campo processual, a Convenção de Budapeste traz disposições específicas sobre deveres de preservação e exibição de dados informáticos, entre outros.

Por fim, há as normas referentes à otimização de assistência mútua entre os Estados nas atividades de investigação de cibercrimes, que incluem, inclusive, disposições sobre a necessidade de manutenção otimizada do sistema “24 por 7” para assistência, sempre visando à brevidade do contato e à tomada de providências.

Em suma, embora com atraso, o Brasil dá um importante passo na estratégia de repressão a crimes cibernéticos com a adesão à Convenção de Budapeste. Agora, inaugura-se uma oportunidade ímpar para que o Estado Brasileiro empreenda discussões inadiáveis sobre a otimização da legislação nas matérias correlatas, com o objetivo de elevar sua atuação nesse campo no cenário internacional. 



ARQUIVO PESSOAL

YURI SAHIONE PUGLIESE é Advogado na área de *Compliance*, Penal Econômico e Investigações.



ARQUIVO PESSOAL

JOSÉ HENRIQUE BALLINI LUIZ é Advogado na área de *Compliance*, Penal Econômico e Investigações.



Aprovação tardia do PLP 32/2021 para cobrança do diferencial de alíquotas do ICMS: nova polêmica envolvendo o ICMS

■ POR CAROLINA ROMANINI MIGUEL

“Para que a cobrança do diferencial de alíquotas do ICMS fosse admitida já em 2022, a Lei Complementar 190 deveria ter sido publicada ainda no exercício de 2021, o que não aconteceu.”

Já se tornou um clichê o encerramento do ano com surpresas na legislação tributária e a publicação de inúmeras edições extra do Diário Oficial. Porém, o PLP 32/2021, parece ter sido esquecido pelo Congresso Nacional, e foi convertido na Lei Complementar 190 apenas nesse dia 5 de janeiro. Essa demora resulta em nova polêmica tributária, mais especificamente sobre o prazo para início da cobrança do diferencial de alíquotas do ICMS nas operações interestaduais com mercadorias e serviços destinados a consumidor final não contribuinte.

Para contextualizar o leitor, o tema abordado na Lei Complementar 190, está relacionado à redação original do art. 155 da Constituição Federal, que previa o recolhimento do ICMS integralmente à unidade federada de origem nas operações e prestações interestaduais que destinassem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do imposto.

Com o crescente comércio eletrônico, muitos Estados, principalmente das regiões Norte e Nordeste, sentindo-se prejudicados por essa regra constitucional, firmaram o protocolo ICMS 21/2011, que determinava o recolhimento do imposto correspondente à diferença entre


a alíquota interna e a alíquota interestadual definida na Resolução do Senado nº 22/89 em favor da unidade federada de destino da mercadoria ou bem.

Esse protocolo foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 14/09/2014 nas ADIs 4.628 e 4.713. Porém, a ousadia dos seus signatários ensejou a edição da Emenda Constitucional nº 87/2015, de forma que, a partir de 2019, o ICMS correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual passou a ser destinado integralmente a Unidade Federada de destino. Portanto, a regra antes declarada inconstitucional deixou de sê-la e os Estados de destino de bens e serviços adquiridos por consumidor final não contribuinte do ICMS passaram a exigir a diferença de alíquotas do imposto com fundamento na nova redação do art. 155, § 2º, VII, “b”, da Constituição Federal, combinado com o Convênio ICMS 93/2015.

A polêmica acerca do tema continuou, uma vez que esse convênio não constitui o veículo normativo adequado para estabelecer fato gerador, base de cálculo e contribuinte para fins de cobrança do diferencial de alíquotas do ICMS. Cabe à lei complementar fazê-lo nos termos do art. 146 da Constituição Federal. A necessidade de lei complementar foi reconhecida pelo STF em fevereiro de 2021, no julgamento do RE 1.287.019 e da ADI 5.469. Na ocasião, a Corte decidiu modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de cláusulas do convênio, que passaram a ser produzidos neste ano de 2022. Tal medida permitiu que, até então, os Estados exigissem a diferença de alíquotas até que o Congresso editasse a Lei Complementar 190, necessária para conferir legitimidade à cobrança.

Antecipando-se à edição dessa lei complementar, o Estado de São Paulo editou a Lei nº 17.470, de 13 de dezembro de 2021, estabelecendo o fato gerador, base de cálculo e contribuinte para fins de cobrança da diferença de alíquotas de ICMS já a partir de 2022. A questão é que a eficácia dessa lei estadual depende da produção de efeitos da Lei Complementar 190/2022, que lhe confere fundamento de validade, e ambas estão sujeitas ao princípio da anterioridade, previsto no art. 150, III, “b” e “c”, da Constituição Federal.

De acordo com essa norma constitucional, é vedado às Unidades da Federação exigir o ICMS no mesmo exercício financeiro em que tenha sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou e antes de noventa dias da data dessa alteração. Portanto, para que a cobrança do diferencial de alíquotas do ICMS fosse admitida já em 2022, a Lei Complementar 190 deveria ter sido publicada ainda no exercício de 2021, o que não aconteceu.

É fato que a lei estadual foi publicada em 2021, mas a Lei Complementar 190, indispensável para que aquela produza efeitos, somente foi editada em 2022. Este cenário certamente gerará discussões sobre o termo inicial da cobrança do diferencial de alíquotas do ICMS nas operações interestaduais com destino a consumidor final não contribuinte do imposto: edição da Lei Estadual nº 17.470/2021 ou da Lei Complementar nº 190/2022? 



CAROLINA ROMANINI MIGUEL é Advogada na área tributária.



Sérgio Henrique Salvador

ARQUIVO PESSOAL

2021: O ano da consolidação do Direito Previdenciário

Mesmo em um período desafiador, triste e assolador da pandemia global ainda existente, verdadeiramente o ano de 2021 alocou sobremodo a causa previdenciária como uma pauta social de extremado relevo, com vários destaques e ocorrências de importância para a sociedade.

A bem da verdade vive o país o contexto pós-reformador, um ambiente existente a partir da polêmica Reforma da Previdência advinda com a promulgação da Emenda Constitucional nº 103 de 13 de novembro de 2019.

Longe aqui de exaurir a temática reformadora, aliás, longe de ser exaurida no cenário nacional, mas, de outro lado, refletir brevemente o traçado previdenciário de 2021 com seus polêmicos destaques.

Primeiro que, mais uma vez, tem o Direito Previdenciário ocupado lugar de primazia no ambiente acadêmico e jurídico nacional, afinal, continua sendo o ramo do saber jurídico de maior procura nas especializações, além de ser o setor de maior produção de eventos acadêmicos em todo o país.

Por exemplo, em toda Minas Gerais cerca de 25% dos advogados são profissionais especializados neste setor.

De igual modo, crescente os estudos a partir das novas regras reformadoras e que continuam em constante movimento, sobretudo pelas habituais mudanças normativas ocorridas diuturnamente.

Também, pelo fato do Direito Previdenciário ser em breve disciplina obrigatória do Exame Nacional da OAB, o que certamente atrairá ainda mais a atenção acadêmica deste setor.

De outro lado e, não menos importante, a judicialização previdenciária sempre presente e frequente na pauta previdenciária, corrigindo rumos e apaziguando certas temáticas controvertidas e oscilantes no território nacional.

Por exemplo, ainda no primeiro semestre de 2021, o STF publicou o acórdão do Tema 942 sobre a aposentadoria especial do servidor público, um tema antigo e há muito esperado para o debate jurisdicional.

É que segundo entendimento do STF, até a edição da Emenda Constitucional nº 103/2019 o segurado possui direito à conversão do tempo de contribuição prestado sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física em comum, contudo, a EC 103/2019 acabou com tal possibilidade, ou seja, o direito à conversão obedecerá à legislação complementar dos entes federados o que ainda não se viu.

De todo o modo, coube ao Tribunal Maior pacificar a questão, sepultar a discussão em si, conferir um rumo jurídico e imprimir segurança ao tema citado.

Outros assuntos, por exemplo a polêmica “Revisão da Vida Toda”, Tema nº 1.102 do Egrégio Tribunal chegou a ser enfrentada, contudo, não concluída por problemas da composição da Corte, o que não afasta a extremada relevância do tema em solo pátrio, aliás, com profundas discussões de interpretações previdenciárias.


Temas e mudanças outras também se viu em todo o ano de 2021, como o debate acerca das novas instruções para emissão do PPP, o Auxílio-Inclusão advindo com a recente Lei nº 14.176/2021, uma espécie outra do benefício assistencial, julgamento de teses importantes como a não extensão do adicional da grande invalidez a outros benefícios (Tema 1.095), a constitucionalidade da exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes do Regime Geral através da apreciação de duas ADIs, de números 4.878 e 5.083, dentre outros aspectos.

Também, se viu a presença constante de portarias internas, circulares, normas outras que tentaram interpretar as bases da transição da recente reforma constitucional, porém, mais atrapalharam do que ajudaram em que, o que se viu, foi a tentativa de relativizar o instituto do direito adquirido.

E mais, a partir da Reforma de 2019 fixou-se que caberiam aos Estados e Municípios a instituição de seus regimes previdenciários, os denominados Regimes Próprios, de modo a ter sintonia com o novel modelo constitucional.

Infelizmente, sem sucesso, pois um emaranhado de confusões jurídicas a partir de então, fazendo com que servidores públicos ficassem em um indesejado limbo jurídico¹.

Como se não bastasse, no apagar das luzes a promulgação da Emenda Constitucional nº 114 de 17 de dezembro de 2021 sobre a alteração da ordem de pagamento de precatórios e requisições, com um triste cenário de retrocesso ao primado da segurança jurídica, o que será amplamente debatido no ano de 2022.

A bem da verdade um período de grandes realizações, eventos, novidades, sistêmicas alterações, enfim, uma jornada de destaque previdenciário de modo que coloca esse ramo do saber em posição de consolidação e destaque. 

NOTA

1 <https://noticias.r7.com/brasil/reforma-da-previdencia-11-estados-mantem-regra-mais-leve-a-servidor-12112020>

SÉRGIO HENRIQUE SALVADOR é Mestre em Direito (FDSM). Pós-Graduado pela EPD/SP e PUC/SP. Professor Universitário (graduação, pós-graduação, cursinhos preparatórios e de extensão/atualização jurídica). Escritor com mais de 10 livros publicados em várias editoras. Conselheiro da OAB/MG (23ª Subseção). Advogado em Minas Gerais. Membro da Rede Internacional de Excelência Jurídica. Integrante do comitê técnico da Revista SÍNTESE de Direito Previdenciário. Integrou a comitiva de pesquisadores brasileiros no I Congresso Internacional de Seguridade Social da Faculdade de Direito de HARVARD nos Estados Unidos em agosto de 2019.



Aplicação retroativa da Lei nº 14.230/2021 (Lei de Improbidade Administrativa) e as ações distribuídas pela lei anterior (Lei nº 8.429/92) e demais normas de direito administrativo sancionador

■ POR MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS

“O conceito de improbidade administrativa no regime de princípios e regras da Constituição Federal, agora passa por rigoroso exame de princípios constitucionais de direito sancionador, qualificando a investigação do Ministério Público. Foi a fórmula utilizada pelo legislador para tornar mais sério o ajuizamento da ação de improbidade administrativa, onde o julgador deverá se concentrar em analisar a lesividade ou tipicidade material da conduta, de modo a primar pela aplicação do Direito.”

A Lei nº 14.230 de 25 de outubro de 2021, foi publicada no D.O de 26/10/2021, e alterou a antiga Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), entrando em vigor imediatamente, na data de sua publicação.

Houve grande avanço do Direito Administrativo Sancionador quando da edição da nova Lei de Improbidade Administrativa, que dificulta a utilização indiscriminada da referida ação para casos que não sejam extremados, por estabelecer uma filtragem maior sobre os casos em que, agora são necessários

a figura do dolo direto e são afastados os pequenos “pecados veniais” consistentes em atos ilegais, que não se subsume mais em ímprobo.

Como o art. 1º, § 4º, da Lei nº 14.230/2021, manda aplicar ao sistema da improbidade os princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador a grande indagação nesse momento embrionário é saber se ela retroagirá para os casos em curso, propostos sob a égide da Lei nº 8.429/92, e saber também se ela terá efeitos para os casos já julgados.

Assim está grafado o § 4º, do art. 1º, da Lei nº 14.230/2021:

“Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta lei.

(...)

§ 4º Aplica-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.”

Qual a extensão dessa norma legal?

In casu, o sistema da Improbidade Administrativa adotou expressamente os princípios do Direito Administrativo Sancionador como uma forma de limitar o poder persecutório estatal, conferindo mais garantias aos acusados, pois não há como negar que os enunciados da maioria dos tipos administrativos dos estatutos disciplinares são extremamente abertos, o que exige do seu aplicador (intérprete) especial atenção e cuidado com os aspectos fáticos dos ilícitos administrativos ali elencados, para se evitar que a extensão conceitual de determinadas figuras jurídicas possuam o condão de ampliar os seus contornos, ao ponto de neles interpretarem que cabem condutas que não expressam infrações graves à ordem administrativa e que por isso não devem ser classificados como infração administrativa disciplinar, mas sim meras irregularidades indiferentes ao Direito Sancionador.

Sobre o tema, deixamos registrado anteriormente:¹

“Ora, o Direito Administrativo Sancionador Contemporâneo exige que haja um ilícito administrativo previsto em lei, com clara e certa descrição da conduta do servidor tida, em tese, como infração disciplinar. É a chamada reserva legal, onde o princípio da legalidade impõe que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.’ (art. 5º, II, da CF).”

Para poder impor sanção, o poder disciplinar necessita, inicialmente, definir na lei (e somente nela) o fato infracional, com as minúcias, bem como todas as circunstâncias e a devida classificação do ilícito.

Em sentido igual, segue o disposto no art. 41 do Código de Processo Penal:

“Art. 41. A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.”

É, portanto, insuficiente a clássica definição legal e doutrinária de infração administrativa como uma mera irregularidade praticada no serviço público (art. 143 da Lei nº 8.112/90), definido como descumprimento de um dever ou obrigação funcional pelo destinatário da norma jurídica, cuja sanção passa a ser imposta pela autoridade administrativa competente.

Não se configurará infração administrativa a conduta baseada apenas pelo ajuste semântico gramatical do texto da norma proibitiva ou deontológica. Afigura-se, dessa forma, insuficiente o enquadramento típico meramente formal da conduta, visto que ela deve ser vinculada também aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Essa filtragem constitucional é uma condicionante do tipo administrativo sancionador, que não admite mais o exercício da persecução disciplinar indiscriminada, desatrelada de um justo motivo.

A jurisdição sancionadora deve sempre se pautar pelo garantismo judicial, aplicando às pretensões punitivas o controle de admissibilidade que resguarde de forma eficaz e permanente os direitos subjetivos do agente investigado (imputado), ao invés de apenas viabilizar o exercício da persecução pelo órgão público repressor.

Pela nova sistemática legal, a petição inicial da ação de improbidade administrativa deve observar os seguintes requisitos:

- Individualização da conduta do Réu;
- Conjunto probatório mínimo que demonstre a ocorrência das hipóteses dos arts. 9º a 11 da presente lei;
- Demonstração de autoria, salvo impossibilidade devidamente fundamentada;
- Documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado.

Não havendo verossimilhança na petição inicial do Ministério Público, a ação é natimorta.

Pela nova sistemática legal, o exercício de ação não se trata mais de direito potestativo do órgão ministerial acusador, visto que ele terá que demonstrar, em *sumaria cõgnito*, a viabilidade da peça exordial, sob pena de rejeição da mesma.

Em sendo assim, se da narrativa do órgão acusador, na hipótese jurídica da improbidade administrativa, não houver elementos que permitam ao julgador se convencer da ausência das condições de prosseguimento da ação de improbidade – reconhecendo a inexistência de elementos probatórios mínimos que demonstrem a ocorrência das hipóteses dos arts. 9º, 10 e 11, Lei nº 14.230/2021 e de sua autoria (art. 17, § 6º, I), ou a inadequação da mesma ante a ausência de indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado (art. 17, § 6º, II) – deverá rejeitar o processamento do feito (art. 17, § 6º-B).

O referido dispositivo (art. 17, § 6º-B) é, sem dúvida alguma a manutenção do garantismo inserto na própria Lei de Improbidade, visto que representa um constrangimento para qualquer pessoa ser processada. Uma autoridade pública, quando é processada, tem um desgaste muito maior que qualquer cidadão, porque o “simples” fato de ser processado tem grande repercussão política² e familiar na pessoa do imputado.

Efetivamente, as ações de improbidade administrativa, por possuírem o peculiar caráter sancionador estatal, se assemelham às ações penais e exigem, dessa maneira, um terceiro elemento para o preenchimento das condições da ação – e, conseqüentemente, viabilidade da pretensão do autor: a justa causa, correspondente a um lastro mínimo de provas que atestem a possibilidade da prática da conduta ímproba (materialidade) e indícios de autoria do imputado.

Em sendo assim, necessário se faz identificar, no amplo contexto das pseudos infrações administrativas passíveis de cometimento pelo agente público, aquelas que contenham seguras provas (elementos que compõem a materialidade e a autoria) que apontem, mesmo que de forma indiciária, para a necessidade de mínima relevância para o Direito Administrativo Sancionador.

Esses elementos são tal qual no Direito Penal: a tipicidade (formal), a lesividade, (ou tipicidade material), a antijuricidade e a culpabilidade, que compõem um verdadeiro conceito analítico do tipo administrador sancionador.

A aplicação subsidiária desses princípios do Direito Administrativo Sancionador sempre esteve vigente nas ações de improbidade administrativa, sendo certo que o § 4º do art. 1º, da Lei nº 14.230/2021, estabelece com veemência, a aplicação ao sistema da presente lei, os princípios constitucionais de tal direito.

O Direito Administrativo Sancionador, no seu caráter instrumental, deve respeitar os fundamentos da República, destacadamente, todos os corolários juridicamente atrelados ao respeito da dignidade da pessoa humana.

Nessas condições, Alejandro Nieto:³

“El Derecho Administrativo Sancionador actual – contaminado, sin duda, por las preocupaciones ideológicas constitucionales y por tradición penalista – se autoproclamó de inmediato defensor a ultranza de los derechos y garantías individuales, no descuidados ciertamente en la época anterior pero a los que no había dado la importancia que meracían al menos en la materia de orden público.”

Ao aplicar, no sistema da improbidade administrativa os Princípios Constitucionais do Direito Administrativo Sancionador, o legislador destacou especial atenção para: o princípio da legalidade, corporificado na tipicidade (arts. 5º, II e XXXIX, e 37, *caput*, da CF); os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIII, LIV e LV, CF); os princípios da segurança jurídica e retroatividade da lei benéfica (art. 5º, *caput*, XXXIX e XL, CF); o princípio da individualização da sanção (art. 5º, XLVI); e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (arts. 1º e 5º, LIV).

Quanto ao princípio da legalidade, sob o viés da tipicidade, é uma conseqüência que a acusação seja certa, objetiva, circunstanciada e o fato imputado ao agente público subsumido em um tipo legalmente previsto na Lei de Improbidade.

A acusação genérica, vaga e aberta não possui mais espaço no cenário do Direito Administrativo Sancionador Constitucionalizado.

Ora, o Direito Administrativo Sancionador contemporâneo exige que haja uma imputação de ilícito administrativo previsto na lei, com clara e certa descrição da conduta do agente, tida em tese, como infração disciplinar, como já dito, não admitindo mais que haja acusação gerada pela intelectualidade de

seu subscritor desatrelada dos princípios do Direito Administrativo Sancionador Constitucionalizado.

É a chamada reserva legal, onde o princípio da legalidade impõe que “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei” (art. 5º, II, CF). Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado, visto que só por meio das espécies normativas (art. 59, CF) devidamente elaboradas, conforme as regras de processo legislativo constitucional, podem criar obrigações para o agente, pois são expressão da vontade geral.

No caso específico da improbidade administrativa, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça – STJ, no EREsp nº 1.496347/ES, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ de 28.04.2021, em homenagem ao princípio da legalidade estrita decidiu não competir ao Poder Judiciário impor a sanção de cassação de aposentadoria, no âmbito da persecução cível, em face da não contemplação de tal sanção no art. 12 da Lei nº 8.429/92, que apenas previa a perda da função pública.

Em igual sentido, segue o presente aresto:⁴

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SANÇÃO DE PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA. EXTENSÃO. CARGO OU FUNÇÃO OCUPADO NO MOMENTO DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA. PRECEDENTES.

(...)

2. A Primeira Seção do STJ no EREsp 1.496.347/ES, Rel. Min. Herman Benjamin, Rel. p/ Acórdão Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 24/2/2021, DJe 28/4/2021, também decidiu não competir ao Poder Judiciário impor a sanção de cassação de aposentadoria, no âmbito da persecução cível por meio de processo judicial no qual se apura *a prática de ato ímprobo, em virtude do princípio da legalidade estrita em matéria de direito sancionador. Na oportunidade, consignou-se que ‘a cassação de aposentadoria do servidor deve ser buscada na sede própria, qual seja, o processo administrativo disciplinar, única sede na qual o legislador federal, de forma categórica e taxativa, prescreveu sua aplicação, inclusive sob o aspecto procedimental, [...], reservando-se à ação civil pública por ato de improbidade administrativa, a aplicação das penalidades estampadas no art. 12 da Lei nº 8.429/1992’.* (g.n.)

Pelo princípio da reserva legal, não há crime sem lei que o defina; não há pena sem cominação legal (art. 5º, XXXIX, CF).

Dessa forma, a conduta funcional tida como irregular deve se revestir de tipicidade e antijuridicidade, bem como haver indícios de autoria devidamente demonstrados e elementos suficientes que comprovem a materialidade, para que a ação de improbidade administrativa possa ser admitida.

Por sua vez, para se instituir os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa na esfera do Direito Administrativo Sancionador, em primeiro lugar, faz necessária a existência de um processo justo, onde o acusado tenha a devida ciência da descrição/narração circunstanciada do fato tido como infração disciplinar, devidamente tipificado em um dispositivo legal, cuja prática lhe foi imputada.

Ou seja, como averbava Heleno Cláudio Fragoso,⁵ “o elemento essencial de garantia para o acusado, a narração minuciosa do fato, fundamenta o pedido, demonstra a convicção da acusação pública, sendo justificado tanto na ação penal, como no procedimento administrativo disciplinar, porquanto é afastado o arbítrio e o abuso de poder.”

Esse direito fundamental do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório são cruciais para a busca da verdade real, além de prestigiar o princípio da transparência.

Tem-se que o devido processo legal configura a proteção do indivíduo, que possui a garantia de estabelecer uma paridade total de condições com o Estado persecutor, bem como a plenitude de sua defesa, utilizando-se da produção de todos os meios lícitos de provas admitidas em direito.⁶

Essa cláusula do *due process of law* proíbe a discriminação e a diferenciação do agente acusado em ações de improbidade administrativa ou em processo administrativo disciplinar.

Sobre o princípio da igualdade, Diogo Freitas do Amaral⁷ aduz:

“A igualdade opõe que se trate de modo igual o que é juridicamente igual de modo diferente, na medida da diferença. Ou seja, como vem sendo reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência, que o princípio da igualdade se projeta fundamentalmente em duas direções: – proibição de discriminação; – obrigação de diferenciação.”

O princípio do contraditório juntamente com o princípio do devido processo legal e da ampla defesa são garantias constitucionais estabelecidas no art. 5º, LV, da CF, destinado a todos os litigantes, inclusive no processo administrativo disciplinar. Objetiva esse princípio estabilizar a produção da defesa do agente acusado porquanto se constitui na própria exteriorização da prerrogativa de manifestações livres e independentes.

O direito de defesa liga-se ao sistema probatório, compreendendo o direito das partes a livre produção de provas cabíveis no processo.

Sem a produção livre da prova, não há como formar a convicção do órgão jurisdicional acerca da tese de defesa nas ações de improbidade administrativa.

A produção da prova pressupõe o direito à admissão de toda a prova que, proposta por uma das partes, respeite os limites inerentes à atividade probatória, que o meio probatório admitido seja praticado, pois do contrário, não há como se negar determinada imputação feita pelo Estado persecutor.

Em sendo a prova o meio de influir na formação do convencimento do julgador e, se este não a valora ou toma em consideração os resultados probatórios, será frustrado o direito à prova, convertendo-se, assim, numa garantia ilusória.

Remete-se, o direito à defesa, em matéria probatória, aos limites da lei em matéria de presunções e ônus da prova. Não pode ser justo o processo quando a presunção retira da parte a chance de sustentar todos os fatos relevantes que devem anteceder à decisão do Magistrado, sob pena de ser uma garantia ilusória o princípio da ampla defesa.

O direito à prova deve ser considerado como um direito fundamental, principalmente em virtude de derivar-se dos direitos fundamentais do contraditório/ampla defesa e do acesso à justiça.

Além do mais a prova não se destina exclusivamente ao primeiro grau de jurisdição, sendo útil também ao segundo grau de jurisdição.

A respeito:⁸

“(…) – Cerceamento de Defesa – O caso versa sobre ação de improbidade administrativa, o que envolve matéria de direito e de fato. A complexidade do tema e as sanções a que estão sujeitos os implicados já são razões suficientes para que se adote a mais ampla produção probatória, em homenagem às garantias da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, inciso LV, da CF), atentando-se, evidentemente, à efetividade e a resposta jurisdicional em tempo razoável. O direito à prova deve ser considerado como um direito fundamental, principalmente em virtude de derivar-se dos direitos fundamentais ao contraditório/ ampla defesa e do acesso à justiça. A prova não se destina exclusivamente ao primeiro grau de jurisdição, sendo útil também ao segundo grau de jurisdição. Na situação, os fatos provados por documentos e objeto de confissão pela ré Francisca referem-se ao recebimento de benefícios com base na lei de auxílios. A prova documental, portanto, não esgota todas as nuances dos fatos, em especial no que toca ao horário de trabalho da ré, situação que busca esclarecer com a prova testemunhal postulada. A própria sentença, quando da análise da acumulação indevida de cargos, ao mencionar que “os controles de frequência apresentados pela ré FRANCISCA não são idôneos”, deixa evidente a necessidade da realização da prova oral. Deferida a prova oral e sendo necessária a sua produção, é precipitado o julgamento antecipado da lide, sendo evidente que a não realização caracterizou o alegado cerceamento de defesa. A nulidade processual, destarte, está devidamente demonstrada nos autos, caso em que é impositiva a desconstituição da sentença, com o retorno dos autos à origem para a reabertura da instrução (...)”.

Por sua vez, a matriz constitucional do direito sancionador do Estado busca a verdade de um determinado fato, tido em tese como ilícito, para após o exaurimento do devido processo legal, com a ampla chance de defesa do acusado posicionar-se com segurança jurídica para toda a sociedade.

Essa segurança jurídica é resultado do conjunto probatório, fundamentada em provas lícitas colhidas no decorrer da instrução, sob o crivo do contraditório, sem qualquer contaminação, onde de acordo com a materialidade do fato e dos indícios da autoria, se forma determinado juízo de valores sobre o fato concreto.

Não se deve punir o inocente, pois só a certeza, construída por fatos e provas diretas é capaz de afastar a presunção de inocência do agente público acusado.

Não foi em vão que Giorgio Del Vecchio⁹ ensinava:

“Para conhecer uma ação humana, é preciso considerar-lhe não só no aspecto externo e o efeito físico, mas também o elemento psíquico ou interno: a vontade e a intenção.”

Esse aspecto externo do ato humano, conjugado como psíquico (vontade e intenção) que Del Vecchio afirma, somente será aferível em um sistema de

produção contundente de provas, verificadas no Sistema Judiciário, onde o processo se desenvolve com rigorismo, técnicas e formalidades estabelecidas, em nome da segurança jurídica, para apurar a verdade dos fatos, absolvendo o inocente e punindo os verdadeiros culpados.

Aí reside a essência do princípio da segurança jurídica, qual seja, garantir a estabilidade da relação jurídica do investigado/acusado e o Poder Público.

Da mesma forma, a Lei nº 9.784/99 instituiu o referido princípio da segurança jurídica, inspirada pela CF, não só no *caput* do art. 2º, como também nos incisos IX e XIII, do seu parágrafo único, bem como nos arts. 54 e 55, do mesmo texto legal.

A Constituição Federal ao proclamar a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, inseriu implicitamente a segurança jurídica como direito fundamental de todos os cidadãos, inclusive os estrangeiros residentes no país, constituindo uma de suas premissas a aplicação do devido processo legal substantivo.

A irretroatividade da lei penal em direito sancionador é uma regra básica, salvo para beneficiar o Réu (art. 5º, XL, CF).

Ou seja, a irretroatividade da lei mais severa (*lex gravior*) e retroatividade da lei mais benigna (*lex mitior*).

Mesmo sendo focado para o Direito Penal, por se tratar de Direito Sancionador, na hipótese da improbidade Administrativa, o princípio constitucional da retroatividade da lei mais benéfica, caso da Lei nº 14.230/2021, deve ser aplicado ao campo administrativo e judicial sancionador, cenário no qual se inserem atos ímprobos, justamente por que, assim como a lei penal, a Lei de Improbidade também prevê em seu corpo estrutural um coletivo de sanções e penalidades.

Dessa forma, a retroatividade da lei mais benigna se insere em princípio constitucional com aplicabilidade para todo o exercício do *jus puniendi* estatal neste se inserindo a Lei de Improbidade Administrativa.

Como subspécie do direito punitivo – o Direito Administrativo Sancionador é destinatário da retroatividade mais benéfica, razão pela qual novas leis que limitam a atividade repressora do Estado, devem ter aplicação imediata, como retroagir aos casos em andamento.

No caso da lei mais gravosa, situação jurídica da Lei nº 8.429/92, quando revogou a Lei nº 4.717/65, como por exemplo, por se tratar dos fatos anteriores à nova lei, o Superior Tribunal de Justiça – STJ negou a retroatividade da mesma, apesar dos fatos terem sido praticados após a promulgação da Constituição Federal, para não privilegiar a *lex gravior*.

Assim ficou resumido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ:¹⁰

“ADMINISTRATIVO. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO RETROATIVA A FATOS POSTERIORES À EDIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. IMPOSSIBILIDADE.

1. A Lei de Improbidade Administrativa não pode ser aplicada retroativamente para alcançar fatos anteriores a sua vigência, ainda que ocorridos após a edição da Constituição Federal de 1988.

2. *A observância da garantia constitucional da irretroatividade da lei mais gravosa, esteio da segurança jurídica e das garantias do cidadão, não impede a reparação do dano ao erário, tendo em vista que, de há muito, o princípio da responsabilidade subjetiva se acha incrustado em nosso sistema jurídico (...)* (g.n)

A aplicação da retroatividade da norma mais benigna na esfera do Direito Administrativo Sancionador é uma consequência lógica do art. 5º, XL, da Constituição Federal, que apesar de inicialmente ser endereçada para o Direito Penal, faz parte do arcabouço dos princípios constitucionais do Direito Sancionador *latu sensu*.

Os bens jurídicos tutelados pelo Direito Constitucional Sancionador são aplicados para todo o ordenamento jurídico, inclusive no âmbito do processo administrativo sancionador, por extensão lógica.

Em sintonia com esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal, no MS 23.262/DF¹¹, reconheceu que o princípio da presunção de inocência (LVII, do art. 5º, CF) se aplica aos processos administrativos sancionadores, não se limitando só a esfera penal, como se verifica:

“Constitucional e Administrativo. Poder disciplinar. Prescrição. Anotação de fatos desabonadores nos assentamentos funcionais. Declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 170 da Lei nº 8.112/90. Violação do princípio da presunção de inocência. Segurança concedida.

1. A instauração do processo disciplinar interrompe o curso do prazo prescricional da infração, que volta a correr depois de ultrapassados 140 (cento e quarenta) dias sem que haja decisão definitiva.

2. O princípio da presunção de inocência consiste em pressuposto negativo, o qual refuta a incidência dos efeitos próprios ato sancionador, administrativo ou judicial, antes do perfazimento ou da conclusão do processo respectivo, com vistas à apuração profunda dos fatos levantados e à realização de juízo certo sobre a ocorrência e a autoria do ilícito imputado ao acusado.

3. É inconstitucional, por afronta ao art. 5º, LVII, da CF/88, o art. 170 da Lei nº 8.112/90, o qual é compreendido como projeção da prática administrativa fundada, em especial, na Formulação nº 36 do antigo DASP, que tinha como finalidade legitimar a utilização dos apontamentos para desabonar a conduta do servidor, a título de maus antecedentes, sem a formação definitiva da culpa.

4. Reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, há impedimento absoluto de ato decisório condenatório ou de formação de culpa definitiva por atos imputados ao investigado no período abrangido pelo PAD.

5. O *status* de inocência deixa de ser presumido somente após decisão definitiva na seara administrativa, ou seja, não é possível que qualquer consequência desabonadora da conduta do servidor decorra tão só da instauração de procedimento apuratório ou de decisão que reconheça a incidência da prescrição antes de deliberação definitiva de culpabilidade.

6. Segurança concedida, com a declaração de inconstitucionalidade incidental do art. 170 da Lei nº 8.112/1990.”

Apesar do art. 5º, LVII, da Constituição Federal consagrar o princípio da presunção de inocência (também conhecida por princípio da não culpabilidade) até o trânsito em julgado de sentença penal, por pertencer ao escopo do Direito Sancionador, foi estendida a sua interpretação para os processos administrativos sancionadores.

Tal posicionamento já havia sido advertido pelo Ministro Celso de Mello quando do julgamento ADPF nº 144, onde a Suprema Corte já havia se posicionado que o estado de inocência não se resume ao tempo estritamente penal. Ao contrário, a referida cláusula se impõe ante a intervenção estatal, por ser direcionada à privação de bens ou direitos ou à aplicação de regras de caráter sancionador.

Nesse sentido, segue a passagem do voto condutor do Min. Celso de Mello na ADPF nº 144¹²:

“Nem se diga que a garantia fundamental de presunção da inocência teria pertinência e aplicabilidade unicamente restritas ao campo do direito penal e processual penal.

Torna-se importante assinalar, neste ponto, Senhor Presidente, que a presunção de inocência, embora historicamente vinculada ao processo penal, também irradia os seus efeitos, sempre em favor das pessoas, contra o abuso de poder e a prepotência do Estado, projetando-os para esferas processuais não-criminais, em ordem a impedir, dentre outras graves consequências no plano jurídico- ressalvada a excepcionalidade de hipóteses previstas na própria Constituição, que se formulem, precipitadamente, contra qualquer cidadão, juízos morais fundada em situações juridicamente ainda não definidas (e, por isso mesmo, essencialmente instáveis) ou, então, que se imponham, ao réu, restrições a seus direitos, não obstante inexistente condenação judicial transitada em julgado.

O que se mostra relevante, a propósito do efeito irradiante da presunção de inocência, que a torna aplicável a processos de natureza não-criminal, como resulta dos julgamentos ora mencionados, é a preocupação, externada por órgãos investidos de jurisdição constitucional, com a preservação da integridade de um princípio que não pode ser transgredido por atos estatais que veiculem, prematuramente, medidas gravosas à esfera jurídica das pessoas, que são, desde logo, indevidamente tratadas, pelo Poder Público, como se culpadas fossem, porque presumida, por arbitrária antecipação fundada em juízo de mera suspeita, a culpabilidade de quem figura, em processo penal ou civil, como simples réu!”

A doutrina¹³ não discrepa o que foi consagrado no julgamento acima citado quanto a aplicação da norma processual com efeito imediato.

“As leis que se aplicam a fatos em curso, regulando-lhes as consequências a partir de sua vigência, têm efeito imediato. Já se decidiu, por exemplo, que a decretação da indisponibilidade de bens adquiridos anteriormente à vigência da Lei 8.429/92 ‘não pode ser tachado de retroativa, uma vez que o art. 37 § 4º, da Constituição estabelece que os atos de indisponibilidade importarão a indisponibilidade dos bens’. Norma processual com efeito imediato.”

No que tange à hipótese da retroatividade da lei mais benigna na esfera do direito sancionador, Alexandre de Moraes averba:¹⁴

“Admite-se, porém constitucionalmente, sempre a favor do agente da prática do fato delituoso, a retroatividade da lei penal mais benigna.”

Essa aplicabilidade ampla da Lei nº 14.230/2021, deve ser reconhecida em relação à retroatividade da norma mais benéfica, dada a relevância social e jurídica de tal princípio geral de Direito Sancionador.

Essa é uma das principais dúvidas para quem já está sofrendo processo por improbidade administrativa, consiste em saber sobre a aplicabilidade das normas de natureza material, especialmente no tocante ao caráter retroativo daqueles considerados mais benéficos em relação à disciplina atual da matéria.

A Lei de Improbidade Administrativa, enquanto produto do *ius puniendi* estatal, integra o Direito Administrativo Sancionador, como integrante ativo do Direito punitivo, submetendo-se ao núcleo básico de direitos individuais consagrados na Constituição, que são utilizados para frear o exercício ilegal do poder punitivo do Estado.

Não havendo maiores diferenças entre normas penais e normas administrativas sancionadoras, que fazem parte do poder punitivo estatal, o § 4º do art. 1º, da Lei nº 14.230/2021, expressamente ressaltou a aplicação imediata dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador.

Assim, as mudanças mais benéficas da nova lei poderão afetar a demanda judicial em andamento regida pela Lei nº 8.429/92?

A resposta é que a Lei atual poderá, sim, retroagir em benefício de agentes públicos ou de terceiros que ainda estão em investigação (mesmo que os fatos tenham sido praticados sob a égide da Lei nº 8.429/92) ou cuja demandas tenham sido distribuídas com base na da Lei nº 8.429/92.

Afinal, o texto legal atual não vedou a retroatividade que anule essa possibilidade para os processos ou investigações anteriores à sua promulgação.

Dessa forma, comprovada a ausência de dolo no ato investigado, configurar-se-á a inexistência do ato de improbidade, podendo ser arguido em qualquer fase do processo, consoante lição do art. 17, § 11 da Lei nº 14.230/2021:

“§ 11 – Em qualquer momento do processo, verificada a inexistência do ato de improbidade, o juiz julgará a demanda improcedente.”

Possuindo a nova Lei de Improbidade uma série de normas de natureza material caracterizadas como mais benéficas aos réus, os seus comandos legais devem afetar diretamente as ações em curso, radiando os seus efeitos de forma imediata.

Exemplo do que fora afirmado é o caso de uma demanda que tenha como causa de pedir a conduta culposa prevista no art. 10 da Lei nº 8.429/92, com a extinção da culpa no novo cenário legal normativo, que somente permite a punição quando houver o dolo na conduta do réu, será verificada a perda superveniente do interesse de agir do poder estatal, pelo fato da lei atual ter deixado de considerar ilícita a conduta com base na legislação revogada,

atraindo, por analogia, a causa de extinção da punibilidade capitulada no art. 107, inciso III, do CP.

Outra situação que merece destaque é a absolvição penal que discute os mesmos fatos da ação de improbidade transitada em julgado, impede o trâmite da ação da qual trata o ato ímprobo (art. 21, § 4º, da Lei nº 14.230/2021).

Da mesma forma, os sócios, cotistas, diretores e colaboradores de pessoa jurídica de direito privado que foram colocados na ação por ostentarem tal posição, agora, pela nova orientação legal, somente responderão pelo ato de improbidade imputado à pessoa jurídica, salvo se, comprovadamente, houver participação e benefícios diretos, hipótese em que responderão nos limites de sua participação (art. 3º, § 1º, da Lei nº 14.230/2021).

Muitas situações jurídicas advirão do novo texto legal, que ensejará também a discussão se ele poderá alcançar os casos já julgados em definitivo, inclusive com a possibilidade de reversão das sanções aplicadas, tal como a perda de cargos públicos, suspensão dos direitos políticos, proibição de contratar com o Poder Público, dentre outros.

Os defensores da retroatividade para alcançar as situações já transitadas em julgado deverão mitigar essa discussão para os casos em que ainda possam ser discutidas por meio de embargos à execução ou de impugnação ao cumprimento de sentença, a depender da fase que a demanda se encontra, por inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação (arts. 525, § 1º, III; 535, III; e 917, I, todos do CPC), ou mediante ajuizamento de ação rescisória, dentro do prazo decadencial de dois anos após o trânsito em julgado da decisão de mérito, em uma interpretação processual.

Já transitada em julgado a ação, após o decurso do prazo decadencial de dois anos, não há como se alterar os efeitos do que fora decidido, em homenagem ao princípio da imutabilidade da coisa julgada, que faz parte da necessária segurança jurídica dos títulos judiciais.

Sobre a aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benéfica ao acusado no Direito Administrativo Sancionador, o Superior Tribunal de Justiça – STJ¹⁵ deu importante contribuição nesse sentido:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA AO ACUSADO. APLICABILIDADE. EFEITOS PATRIMONIAIS. PERÍODO ANTERIOR À IMPETRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 269 E 271 DO STF. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE.

I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

II – As condutas atribuídas ao Recorrente, apuradas no PAD que culminou na imposição da pena de demissão, ocorreram entre 03.11.2000 e 29.04.2003, ainda sob a vigência da Lei Municipal nº 8.979/79. Por outro lado, a sanção foi aplicada em 04.03.2008 (fls. 40/41e), quando já vigente a Lei Municipal nº 13.530/03, a qual prevê causas atenuantes de pena, não observadas na punição.

III – Tratando-se de diploma legal mais favorável ao acusado, de rigor a aplicação da Lei Municipal nº 13.530/03, porquanto o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição da República, alcança as leis que disciplinam o direito administrativo sancionador. Precedente. (...)”

Ainda nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, possui como precedentes os seguintes julgados que autorizam a retroatividade da Lei mais benéfica aplicada no Direito Administrativo sancionador: RMS 12.539/TO, Rel. Min. Paulo Medina, 6ª T., *DJ* de 1.07.2004, p. 278 e MS nº 11.662/DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 3ª S., *DJ* de 1.10.2015.

Na mesma linha, segue a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:¹⁶

“Reconhece-se a natureza administrativa de uma infração pela natureza da sanção que lhe corresponde, se reconhece a natureza da sanção pela autoridade competente para impô-la. Não há, pois, cogitar de qualquer distinção substancial entre infrações e sanções administrativas e infrações penais. O que as aparta é única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção, conforme correto e claríssimo ensinamento, que boamente sufragamos de Heraldo Garcia Vitta.”

Por sua vez, quanto às normas de natureza processual, não remanesce maiores dúvidas quanto à utilização imediata da atual Lei de Improbidade Administrativa aos processos em curso, que deverão se adaptar às inovações normativas na forma do art. 14 do CPC, e, por analogia do art. 2º do CPP, que preveem a aplicação imediata de norma processual aos processos em curso.

Por outro lado, pelo princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF) se exige estreita correspondência entre a responsabilização da conduta do agente e a sanção a ser aplicada de maneira que a pena atinge suas finalidades de prevenção e de repressão.

Dessa forma, a imposição da pena depende do juízo individualizado da culpabilidade do agente.

A nova lei atenta a necessidade de individualização da conduta do imputado, já que a prática do ato de improbidade administrativa pressupõe conduta, passou a exigir tal pressuposto logo na petição inicial (art. 17, § 6º, I, Lei nº 14.230/2021)¹⁷, sob pena de rejeição da ação (art. 17, § 6-B, Lei nº 14.230/2021).¹⁸

Na sentença a ser proferida na ação de improbidade administrativa, o juiz deverá indicar de modo preciso os fundamentos que demonstram os elementos a que se referem os arts. 9º, 10 e 11 desta lei, que não podem se presumidos (art. 17-C, I, da Lei nº 14.230/2021).

O que significa dizer que o magistrado terá que julgar de forma individualizada, vinculando a conduta omissiva ou comissiva do agente público e do terceiro, para fins de formação de juízo de valor, não sendo admitido elementos de presunção.

A necessidade de verificação da conduta subjetiva do imputado (individualização) é tão contundente no cenário da improbidade administrativa, que não se aplica, na referida ação, a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor em caso de revelia (art. 17, § 19, I, da Lei nº 14.230/2021).

Por fim, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito sancionador são de importância ímpar, visto que na aplicação das penalidades deverão ser consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, bem como os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente público.

Sobre o tema, deixamos averbado:¹⁹

“Como o princípio da proporcionalidade objetiva adequa os meios aos fins entre as medidas utilizadas e as necessidades que devem ser atingidas pelo direito público, está presente também princípio como elo de validade dos atos praticados por toda atividade do Estado. Em decorrência de que a lei, como expressão da vontade geral da nação, nasce da manifestação dos agentes delegados da sociedade pelo da sociedade pelo mandato eletivo, mediante o qual se estrutura o Poder Legislativo, radiando os efeitos da *lex* para a Administração Pública, que aplicará a norma visando atingir o fim elencado pela mesma.”

A Lei nº 8.112/90 que disciplina o Estatuto do Servidor Público Federal, já determina a verificação do princípio da proporcionalidade na aplicação das penalidades, segundo a dicção do art. 128, *verbis*:

“Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.”

Nesse sentido, com a garantia da razoabilidade o “devido processo substantivo” exige como qualidade de obrigação positiva e vigente perante o órgão legislativo, a de legislador com razoabilidade, ou, em outras palavras, de editar leis razoáveis e justas, que tenham como meta o fim público explícito, sem ocultações ou dissimulações que quase sempre desaguam no *excéss de pouvoir*.

Os referidos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade mantêm os mesmos contornos de importância constitucional quando transpostos para o direito sancionador, em decorrência de que democratizam não só a apuração como o seu julgamento, através de um rigoroso controle entre os meios e os fins utilizados no aludido processo.

Isso porque a apuração da prática de uma infração disciplinar, ocorrida no exercício do *munus publico* do agente público acusado, terá que ser dosado pelos princípios e pelas normas informadoras do respectivo processo, que são estabelecidos para possibilitar uma justa e segura investigação, sem que haja violação dos direitos e das garantias da defesa.

Na hipótese da improbidade administrativa, o art. 17, “c”, IV, da Lei nº 14.230/2021, obriga que a sentença a ser proferida, considere de forma isolada ou cumulativa, as seguintes situações legais:

“Art. 17 C – A sentença proferida nos processos a que se refere esta Lei deverá, além de observar o disposto no art. 489 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil):

(...)

IV – Considerar, para a aplicação das sanções, de forma isolada ou cumulativa;

a) os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade;

b) a natureza, a gravidade e o impacto da infração cometida;

c) a extensão do dano causado;

d) o proveito patrimonial obtido pelo agente;

e) as circunstâncias agravantes ou atenuantes;

f) a atuação do agente em minorar os prejuízos e as consequências advindas de sua conduta omissiva ou comissiva;

g) os antecedentes do agente;


V – Considerar na aplicação das sanções a dosimetria das sanções relativas ao mesmo fato já aplicadas ao agente.”

A aplicação da sanção segue critérios objetivos²⁰ não admitindo mais uma discricionariedade ampla do julgador, visto que ele se vincula as provas produzidas e a individualização da conduta do imputado, porquanto o ato ímprobo está ligado à responsabilidade subjetiva do agente.

Portanto, a conceituação da improbidade administrativa passa pela filtragem dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador, de modo que a imputação de conduta ímproba não pode ser mais definida ao “bel prazer” do órgão acusador, ela deve ser antecedida de um exame de: (a) legalidade formal ou tipicidade; (b) legalidade material ou lesividade; (c) individualização da conduta; (d) antijuricidade; (e) culpabilidade; (f) retroatividade da lei mais benigna; (g) ampla defesa e contraditório, (h) no bis in idem, dentre outros.

O conceito de improbidade administrativa no regime de princípios e regras da Constituição Federal, agora passa por rigoroso exame de princípios constitucionais de direito sancionador, qualificando a investigação do Ministério Público.

Foi a fórmula utilizada pelo legislador para tornar mais sério o ajuizamento da ação de improbidade administrativa, onde o julgador deverá se concentrar em analisar a lesividade ou tipicidade material da conduta, de modo a primar pela aplicação do Direito.

Por essas razões, a nova Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 14.230/2021), em virtude de sua natureza jurídica de cunho sancionatório (tantas as normas de natureza material e processual) se aplica retroativamente aos casos em curso, por ser mais benéfica do que a Lei nº 8.429/92, na forma do art. 5º, XL da Constituição Federal. 

NOTAS

1 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Tratado de Direito Administrativo Disciplinar*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 1220.

2 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O Limite da Improbidade Administrativa*. Comentários à Lei nº 8.429/92. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 553.

3 NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5. ed., Madrid: Tecnos, 2012, p. 152.

- 4 STJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, AgInt nos EDCl no REsp nº 1910104/DF, 1ª T., DJ de 10.09.21.
- 5 FRAGOSO, Heleno Cláudio. "Ilegalidade e Abuso de Poder na Denúncia e na Prisão Preventiva". *In* Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal nº 13-63, São Paulo, p. 15.
- 6 APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROVA EMPRESTADA. JULGAMENTO ANTECIPADO DO FEITO. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. *In casu*, em que pese a decisora de origem tenha autorizado a juntada de prova emprestada, qual seja, prova testemunhal produzida em ação criminal, acabou por cercear o direito de defesa da parte autora ao julgar o processo de forma antecipada, deixando de oportunizar a manifestação da parte quanto à prova trazida ao feito. Caso concreto que envolve matéria de direito e de fato, devendo ser permitida a mais ampla produção probatória, em homenagem às garantias da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, inciso LV, da CF), atentando-se à efetividade e à resposta jurisdicional em tempo razoável. Sentença desconstituída. Apelo Provido. Apelo Provido. (TJ/RS, Rel. Des. Lúcia de Fátima Cerveira, Apel. Cível, nº 70085171080, 2ª C.C. Julgado em 10.08.2021)
- 7 AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. V. II. Coimbra: Almedina, 2006, p. 125.
- 8 TJ/RS, Rel. Des. Leonel Pires Ohlweiler, 3ª CC, Ap. Cível nº 70060623368, julgado em 16.02.2017.
- 9 DEL VECCHIO, Giorgio. *Direito, Estado e Filosofia*. Lisboa: Libreria Editora Politécnica Ltda., 1952, p. 289.
- 10 STJ, Rel. p/ acórdão Min. Castro Meira, REsp nº 121/GO, 2ª T., DJ de 15.03.2013
- 11 STF, Rel. Min. Dias Toffoli, MS 23.263/DF, Pleno, julgado em 23/4/2014.
- 12 STF, Rel. Min. Celso de Mello, ADPF 144, Pleno. DJ 26/02/2010.
- 13 OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo sancionador*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 131.
- 14 MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 6. ed., Atlas, 2006, p. 318.
- 15 STJ, Rel. Min. Helena Costa, RMS nº 37031/SP, 1ª T., DJ de 20.02.2018.
- 16 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 871;
- 17 "Art. 17 (...) – § 6º A petição inicial observará o seguinte: I – deverá individualizar a conduta do réu e apontar os elementos probatórios mínimos que demonstrem a ocorrência das hipóteses dos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei e de sua autoria, salvo impossibilidade devidamente fundamentada;"
- 18 "Art. 17 (...) – § 6º-B A petição inicial será rejeitada nos casos do art. 330 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), bem como quando não preenchidos os requisitos a que se referem os incisos I e II do § 6º deste artigo, ou ainda quando manifestamente inexistente o ato de improbidade imputado.
- 19 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Lei nº 8.112/90 Interpretada e Comentada*, Regime Jurídico Único do Servidor Público Federal, 5. Ed., Niterói-RJ: Impetus, 2010, p. 793.
- 20 Art. 17C, VII: "indicar, na apuração da ofensa a princípios, critérios objetivos que justifiquem a imposição da sanção."



MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS é Advogado no Rio de Janeiro. Vice-Presidente do Instituto Ibero Americano de Direito Público – IADP, Membro da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social, Membro do IFA – Internacional Fiscal Association. Conselheiro efetivo da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social.



Hipocrisia derrotada: A Lei nº 14.230/21

■ POR IVAN BARBOSA RIGOLIN

“Com a nova lei os últimos vapores de dubiedade sobre a realidade de que não existe improbidade sem dolo se dissiparam de modo oficial e definitivo no ordenamento jurídico. Como o fogo de santelmo dos cemitérios evolaram-se para sempre na substância cósmica, com a esperança de que sirvam de exemplo do que a todo custo o direito deve evitar no futuro.”

Nestes tempos mais do que bicudos em quase todos os assuntos humanos, e nos quais a asquerosa pandemia viral contribuiu decisivamente para o grassamento de um pessimismo poucas vezes igualado na história recente; nesta época, verdadeiro fim de ciclo em que as instituições em todo mundo passam por crise também de dimensão quase inédita após a segunda grande guerra, e em cujo ambiente o direito brasileiro se convulsiona como se em estertores sem volta, nesse quadro unicamente nauseabundo ao menos uma novidade alvissareira espocou no nosso combalido horizonte jurídico: a Lei nacional nº 14.230, de 25 de outubro de 2021.

Fruto e resultado de uma árdua e demorada negociação parlamentar na qual por evidente não faltaram pressões, intimidações, ameaças e estrebuchamentos dos mais variados segmentos sociais, pela imprensa leiga e desinformada como sempre e pelas mais diversas entidades públicas e particulares com seu moralismo de circo, foi enfim aprovada no Congresso e sancionada pelo presidente da República para o fim de modificar, em espantosa amplidão, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1.992, a lei que dispõe sobre improbidade administrativa.

Fazia uma falta extraordinária, e nessa medida foi extremamente bem-vinda pelos profissionais honestos de propósito e intelectualmente idôneos, e

pelos homens sensatos e ponderados graças aos quais o mundo evolui para a frente e não se arrasta para trás – como diversas facções da sociedade desejam.

O fulcro da nova lei, e todo o seu escopo, foi extirpar da lei da improbidade as infames previsões que constavam, uma, do seu art. 10, pelo qual constituía ato de improbidade qualquer ação dolosa ou culposa de que resulte prejuízo ao erário, e, outra, a generalizante previsão do art. 11, de que qualquer ação ou omissão também poderia caracterizar improbidade contra os princípios de administração.

O art. 10 portanto admitia uma ‘improbidade culposa’, sendo que culpa é, na clássica categorização do direito penal, a característica do ato praticado com negligência, imprudência ou imperícia, nada além disso. E o art. 11, na sua leviana e irresponsável generalização ‘qualquer ação’, também fazia incluir os atos culposos na potencial categoria de ímprobos.

Não se sabe até onde, naquela lei, ia a simples ignorância vernacular, ou o desprezo pelo idioma, ou mesmo o puro cinismo para com a língua portuguesa, até este ponto de imaginar uma improbidade por imprudência, por negligência ou por imperícia.

Se o legislador não sabia em 1.992, deve ter agora aprendido que improbidade significa, apenas e tão somente, desonestidade, inidoneidade, intenção fraudulenta, má-fé, mau propósito, malandragem, golpismo, indecoro, torpeza, burla, ou a atitude ou o comportamento da mesma natureza sabidamente ilícita. Uma consulta aos dicionários não faz mal nem nada custa a ninguém que tenha receio do ridículo ou que preze a sua seriedade pessoal.

Assim, ninguém pode ser velhaco por imperícia, nem inidôneo por negligência, nem desonesto por imprudência, nessas ou em quaisquer outras combinações dessas palavras.

Ninguém é inidôneo se não quiser sê-lo, nem será estelionatário por imprudência, nem vendedor de lotes no Vale do Anhangabaú ou no Ibirapuera por imperícia.

Ninguém é bandido por negligência, nem estuprador por imperícia, nem traficante de drogas por imprudência. Só o é porque *quer ser*, e porque atua nesse sentido, com absoluta ciência do caráter delitivo do que faz.

E, também junto aos erários públicos, ninguém pratica ato doloso se não o quiser fazê-lo. Não existe delinquente público por acaso, nem por azar, nem por imperícia ou por negligência. Os vigaristas contra o erário apenas o são porque querem, não por serem imperitos em algum mister, ou negligentes.

Culpa é atitude que carrega irregularidade muito mais leve que dolo – que vem a ser a intenção de praticar o ato ou a inescusável responsabilidade por praticá-lo. O agente acaso pode ser (até mesmo culposamente) desavisado, porém, se não atuar com dolo, então ímprobo não será jamais.

O *dolo específico* contamina a ação de quem, por exemplo, atira em alguém para matá-lo, enquanto que o *dolo genérico* é o de, seguindo no exemplo, alguém sair desferindo tiros numa rua cheia, não visando ninguém em específico porém não podendo alegar ignorância dos possíveis e quase certos efeitos de sua atitude.

Essas são as duas grandes categorias de dolo, porém qualquer dolo jamais pode ser confundido nem similarizado com culpa. Quem baralha essas categorias... desse vamos fugir às pressas!

A Lei nº 14.230/21 alterou *apenas* os seguintes dispositivos da Lei nº 8.429/92 – quase três décadas após a sua promulgação:

– ementa (por Júpiter Capitolino! Até mesmo a ementa precisou ser alterada!..);

– art. 1º, parágrafo único;

– art. 2º,

– art. 3º, § 3º;

– art. 7º;

– art. 8º;

– art. 8º-A (criado);

– art. 9º;

– art. 10;

– art. 11;

– art. 12;

– art. 13;

– art. 16;

– art. 17;

– art. 17-B (criado);

– art. 17-C (criado);

– art. 17-D (criado);

– art. 18;

– art. 18-A (criado);

– art. 22;

– art. 23;

– art. 23-A (criado);

– art. 23-B (criado), e

– art. 23-C (criado).

E a Lei nº 14.230/21 *revogou* os seguintes dispositivos da Lei nº 8.429/92:

– parágrafo único do art. 1º;

– arts. 4º a 6º;

– Seção II-A do Capítulo II;

– parágrafo único do art. 7º;

– inciso XXI do *caput* do art. 10;

– incisos I, II, IX e X do *caput* do art. 11;

– inciso IV do *caput*, e parágrafo único do art. 12;

– §§ 1º a 4º do art. 13;

– § 1º do art. 16;

– §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 8º, 9º, 10, 12 e 13 do art. 17, e

– incisos I a III do art. 23.

Observa-se assim que a chamada lei de improbidade (LI) passou a ser completamente outra após a edição da Lei nº 14.230/21. Quem a conhecia antes não a reconhece depois, e precisará reestudá-la do começo, revendo por completo as suas estatuições e as suas diretrizes institucionais.

A mentira durou três décadas menos um ano, mas foi desmascarada.

Como se disse e se sabe não caiu do céu esta nova lei, nem foi fruto do acaso ou de algum câmbio de humor dos deuses.

O teor insuportável da hipocrisia constante dos originários arts. 10 e 11 da LI, moralismo de fariseus e de estelionatários jurídicos, não desceu pela garganta dos doutrinadores desde a origem da lei.

Até onde a vista alcança o primeiro jurista a se rebelar contra aquela infâmia da ‘improbidade culposa’ foi Marcelo Figueiredo, com estas palavras:

De fato, ao deitarmos alguma reflexão sobre o dispositivo comentado, algumas apreensões nos vêm à mente. A primeira relativa à elasticidade do conceito legal de ato de improbidade administrativa. É certo que a Constituição (art. 37, § 4º) determina que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, *na forma e gradação previstas em lei*. Contudo, a lei integradora da vontade constituinte foi além do razoável ao dispor que ‘constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário *qualquer ação ou omissão dolosa ou culposa...*’ Ao que parece o legislador infraconstitucional levou longe demais o permissivo da Lei Maior, ausentes proporcionalidade e razoabilidade no dispositivo legal. (Destaques originais, da obra *Probidade administrativa – Comentários à Lei nº 8.429/92*, Malheiros, SP, 1995, p. 49/50).

E adiante, na mesma obra, assevera o autor:

Novamente não podemos imaginar como razoável ou proporcional um dado servidor público punido com as severas cominações do art. 12, III, por ter, de modo culposamente, violado seu dever de imparcialidade ou mesmo de legalidade. (p. 60).

Essas lúcidas manifestações iniciais, que com o passar dos anos foram ganhando volume definitivo e irreversível na doutrina, e ecoando cada vez mais na consciência jurídica nacional, também acabaram sendo decisivas para a formação e na consolidação da jurisprudência brasileira de todo nível, a iniciar pela do Supremo Tribunal Federal e que se espraiou pela do Superior Tribunal de Justiça e pela dos Tribunais de Justiça estaduais e a dos órgãos judiciários de primeira instância.

A marcha da restauração do tremendo e terrível estrago que o abatesma da ‘improbidade culposa’ provocou no Brasil era a essa altura irreversível. Não se pode – nem a lei pode – mentir a todos por todo o tempo, e em dado momento a máscara cai.

Um só acórdão-símbolo da vocação jurisprudencial que entre nós, mesmo antes da Lei nº 14.230/21, passou a dominar o cenário nos últimos anos é o seguinte, do Superior Tribunal de Justiça, e bastará para ilustrar o que a seguir se consolidou.

STJ, Recurso Especial nº 1.038.777/SP, com relatoria do Ministro Luiz Fux, por votação unânime, julgado em 03/02/2011, atuando Gina Copola como advogada:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, CAPUT, DA LEI Nº 8.429/92. CONTRATAÇÃO. ESPECIALIZAÇÃO NOTÓRIA. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO E DE EN-

RIQUECIMENTO ILÍCITO DOS DEMANDADOS. MÁ-FÉ. ELEMENTO SUBJETIVO. ESSENCIAL À CARACTERIZAÇÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

1. O caráter sancionador da Lei nº 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e notadamente: (a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); (b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); (c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.

2. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador.

3. A improbidade administrativa está associada à noção de desonestidade, de má-fé do agente público, do que decorre a conclusão de que somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a sua configuração por ato culposo (art. 10, da Lei nº 8.429/92).

4. O elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, sendo certo, ainda, que a tipificação da lesão ao patrimônio público (art. 10, *caput*, da Lei nº 8.429/92) exige a prova de sua ocorrência, mercê da impossibilidade de condenação ao ressarcimento ao erário de dano hipotético ou presumido. Precedentes do STJ: REsp 805.080/SP, PRIMEIRA TURMA, DJe 06/08/2009; REsp 939142/RJ, PRIMEIRA TURMA, DJe 10/04/2008; Resp 678.115/RS, PRIMEIRA TURMA, DJ 29/11/2007; REsp 285.305/DF, PRIMEIRATURMA; DJ 13/12/2007; e REsp 714.935/PR, SEGUNDA TURMA, DJ 08/05/2006.

5. A justificativa da especialização notória, in casu, é matéria fática. deveras, ainda assim, resultou ausente no decísum a afirmação do elemento subjetivo.

6. É que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, examinado as condutas supostamente imputadas aos demandados, concluiu objetivamente pela prática de ato de improbidade administrativa (art. 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/93), ensejador do dever de ressarcimento ao erário, mantendo incólume a condenação imposta pelo Juízo Singular, consoante se colhe do excerto do voto condutor do acórdão recorrido.

“A r. sentença de fls. 934/952 deu pela procedência de ação civil pública, que condenou ambos os apelantes pela prática de ato de improbidade administrativa, consistente em contratação sem prévia licitação de empresa de consultoria financeira e orçamentária Fausto e S/ Associados por parte da Prefeitura Municipal de Campos do Jordão, através de seu Prefeito João Paulo Ismael, ao argumento de que se tratava de prestadora de serviços notoriamente especializada, o que dispensaria a realização do procedimento correspondente, de acordo com o art. 25 inciso III da Lei nº 8.666/93, combinando com o art. 13 inciso I do mesmo texto legal.

Houve condenação do Prefeito à perda de função pública, caso estivesse exercendo-a ao tempo do trânsito em julgado, suspensão de seus direitos políticos por cinco anos, além de restar obrigado ao recolhimento de multa civil igual a duas vezes o valor do dano estimado, reversível ao Fundo de Reparação de Direitos Difusos Lesados, além de ficar proibido de contratar com o Poder Público ou dele receber benefícios creditícios ou fiscais, direta ou indiretamen-

te, ainda que por interposta pessoa jurídica da qual fosse sócio majoritário pelo tempo de cinco anos.

Quanto à empresa Fausto e S/Associados Ltda., representada por Fausto Ítalo Minciotti, impôs-se-lhe o pagamento de multa civil igual a duas vezes o valor do dano, proibição de contratar com o Poder Público ou dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente através de pessoa jurídica da qual fosse sócia majoritária, pelo prazo de cinco anos, afora a sucumbência imposta a ambos os apelantes, unicamente quanto ao valor das custas processuais.

7. In casu, a ausência de má-fé dos demandados (elemento subjetivo) coadjuvada pela inexistência de dano ao patrimônio público, uma vez que o pagamento da quantia de R\$ 49.820,08 (quarenta e nove mil, oitocentos e vinte reais, oito centavos) se deu à luz da efetiva prestação dos serviços pela empresa contratada (fl. 947), revelando error in iudicando a análise do ilícito apenas sob o ângulo objetivo.

8. Dessarte, a natureza dos serviços exigidos, máxime em pequenos municípios, indicam, no plano da presunção juris tantum que a especialização seria notória, não obstante o julgamento realizado sem a realização das provas requeridas pela parte demandada.

9. As sanções da improbidade administrativa reclamam a exegese das regras insertas no art. 11 da Lei nº 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, e sua aplicação deve se realizada com ponderação, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares.


10. Recurso Especial provido.

Nenhum comentário parece necessário.

Tão importante resultou o advento da Lei nº 14.230/21 no processamento de ações civis públicas que muitos magistrados desde logo, espontaneamente e sem provocação da parte, passaram a despachar consultando os autores daquelas ações sobre se diante da nova lei mantêm o interesse nas mesmas ações, sabendo-se que postulavam condenações por ‘improbidade culposa’.

Com a nova lei os últimos vapores de dubiedade sobre a realidade de que não existe improbidade sem dolo se dissiparam de modo oficial e definitivo no ordenamento jurídico. Como o fogo de santelmo dos cemitérios evolaram-se para sempre na substância cósmica, com a esperança de que sirvam de exemplo do que a todo custo o direito deve evitar no futuro.

Ninguém precisa, com todo efeito, dentre tantos problemas reais que enfrenta no a dia-a-dia e na vida, de fantasmagorias nem de assombrações institucionais, que, se vão bem na literatura, no direito são simplesmente ruinosos.

A hipocrisia institucional da ‘improbidade culposa’ – que era um triângulo quadrado, uma bola pontuda ou uma faca sem lâmina e sem cabo – sofreu um duro revés, e para gáudio dos homens sérios teve fim essa farsa. 



IVAN BARBOSA RIGOLIN é Advogado em São Paulo.

O dolo na nova lei de Improbidade Administrativa

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR



DIVULGAÇÃO

“Muitos procedimentos instaurados na fase administrativa serão arquivados pelo Conselho Superior do Ministério Público, se provocado, em razão da ausência de dolo. Os que vencerem essa etapa forçosamente trarão provas inconcussas a respeito do elemento subjetivo, com maior chance de vingarem.”

Toda mudança legislativa traz profundas e relevantes alterações no mundo jurídico compreendendo desde a retroatividade da lei mais benéfica até uma nova leitura a respeito do fato antes reprovado. Tal fenômeno alcançou a Lei nº 14.230/21, que trouxe em seu bojo a expressa revogação da improbidade administrativa na modalidade culposa. Assim, pela configuração atual, as múltiplas condutas descritas no art. 10 da lei anterior, foram levadas de roldão e passaram a exigir, juntamente com as descritas nos arts. 9º e 11 da *novatio legis*, a ocorrência de dolo, assim definido: Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente.


A delimitação da conduta exclusivamente dolosa abre espaço para a aplicação do permissivo constitucional da retroatividade *in mellius*. Assim, o agente condenado pela prática de improbidade em qualquer das modalidades culposas, pode pleitear a revisão do julgamento, ou até mesmo, se a ação estiver em curso ou em estágio recursal, requerer a aplicação da lei não incriminadora, pela perda do fato gerador que provocou a conduta descrita na peça vestibular.

Tamanha a *ratio legis* que motivou a alteração que ficou mais do que evidenciado que há necessidade incontestemente de demonstrar a comprovação do ato doloso praticado pelo agente público, pelo agente político, pelo servidor público e, de uma forma abrangente, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades públicas, estendendo-se até mesmo ao terceiro que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade.

A sinalização da nova lei exige muita cautela na investigação da vontade do agente. É necessário que se faça uma pesquisa apropriada para encontrar pelo menos má-fé ou qualquer outro comportamento incompatível e desonesto do administrador público com o escopo de violar o ordenamento jurídico protetivo e que desague na reveladora conduta ímproba, capaz de comprometer o patrimônio público e social. Fica definitivamente afastada a possibilidade de se inserir na peça inicial uma afirmação genérica, com expressões abertas, sem conteúdo de especificidade e que não indique, de forma clara, precisa e transparente a dosagem do dolo do agente. A esse respeito, em esmerada definição, Simão esclarece didaticamente: As condutas ímprobas são aquelas permeadas de má-fé (do latim *malefatus*). Má-fé, na terminologia jurídica, designa o fato jurídico desencadeado pela maldade, em oposição a boa-fé. Representa a fraude, a corrupção e o dolo, por exemplo. Nesse sentido, quando descrevemos juridicamente que uma pessoa agiu de má-fé, estamos dizendo que ela agiu com fraude ou dolo.¹

Diga-se, até mesmo para sustentação da *novatio legis*, que os tribunais superiores, de longa data, vinham buscando a imprescindível comprovação do dolo para a configuração do ilícito administrativo na *actio improbitalis*, tanto pelo cometimento isolado pelo administrador público como também com relação àqueles que se acumpliciam com ele.

É de se observar que, pela alteração legislativa, a ação para a aplicação das sanções de que trata a lei será proposta exclusivamente pelo Ministério Público. Diante da nova realidade, há necessidade de uma mudança estratégica na atuação do parquet que, desde o nascedouro da investigação ou do inquérito civil, deve perquirir de forma intensa a conduta dolosa do agente. Não se trata de uma tarefa de fácil realização e sim de um grande desafio para perscrutar o elemento subjetivo projetado pelo gestor público imbuído da intenção de lesar e fraudar a integridade do patrimônio público. O foco da investigação deve se concentrar nas ações ilícitas praticadas que poderão proporcionar material mais do que suficiente para aquilatar o desiderato do agente infrator. O dolo, como é sabido, transcende a vontade interior do agente e vai ser refletido em sua conduta externa. Daí que a valoração do resultado em muito contribuirá para a formatação do designio subjetivo;

O inquérito civil, instrumento de investigação criado no âmbito do Ministério Público de São Paulo – após palestra proferida pelo promotor de justiça José Fernando da Silva Lopes em reunião realizada pelo Grupo de Estudos da Associação Paulista do Ministério Público, na cidade de Ourinhos, interior de São Paulo (21.06.1980) – embora previsto inicialmente para a ação civil pública, pode ser utilizado também para apuração de improbidade administrativa, desde que especifique seu objeto. Além de colher as provas pertinentes para o alicerçamento da ação principal, tem que convencer o próprio titular da ação a formar sua *opinio delicti* a respeito de ocorrência que ofenda a ordem jurídica prevista e os interesses sociais protegidos. Com tal rigorismo é de se concluir que muitos procedimentos instaurados na fase administrativa serão arquivados pelo Conselho Superior do Ministério Público, se provocado, em razão da ausência de dolo. Os que vencerem essa etapa forçosamente trarão provas inconcussas a respeito do elemento subjetivo, com maior chance de vingarem. 

NOTA

- 1 Simão, Calil. Improbidade administrativa: teoria e prática. Leme/SP: Editora JH Mizuno, 2017, p. 86.



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



A nova Lei de Improbidade Administrativa deve ser aplicada retroativamente?

■ POR JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA

“A nova tipologia normativa dos atos de improbidade administrativa e de suas sanções se aplica aos atos praticados antes de sua vigência, se para beneficiar o réu. A não ser que haja alteração no modo como o tema vem sendo tratado na jurisprudência até aqui, esse é o entendimento que haverá de prevalecer, daqui por diante, nos tribunais.”

Após três anos de tramitação, o projeto de lei que estabelece novas regras para os processos por improbidade administrativa foi à sanção e se tornou a Lei nº 14.230/2021, já em vigor. Com inovação das normas materiais e processuais, o texto deve ter muito impacto na gestão pública brasileira, já que altera significativamente o regime das punições que podem ser aplicadas em casos de atos praticados por parte de agentes públicos e daqueles que contratam com a Administração Pública.

Os atos de improbidade administrativa são considerados aqueles que causam enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação aos princípios da administração pública. A principal alteração decorrente da nova Lei é que a improbidade, com a reforma, só pode ser caracterizada quando há o dolo do

responsável, ou seja, quando a intenção maliciosa é comprovada. Dessa forma, se há apenas imprudência ou negligência, o ato não é mais considerado de improbidade.

A nosso ver, não se trata de uma mera reforma legislativa. Pode-se mesmo dizer que, de agora em diante, tem-se uma nova Lei de Improbidade Administrativa. Alteraram-se as bases fundantes da Lei 8.429/1992 e um novo sistema de responsabilização por atos que ferem a gestão pública.

A nova Lei se aplica retroativamente, a atos praticados antes de sua aprovação?

A Lei reformada dispõe, expressa e textualmente: “Aplicam-se ao sistema da improbidade, disciplinado nesta Lei, os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador”. Isso significa que princípios e garantias inerentes ao direito penal (ou às sanções decorrentes da prática de ilícitos penais) acabam-se aplicando, também, às sanções oriundas da prática de atos de improbidade administrativa e ao procedimento judicial em que se discute sobre a aplicação de tais sanções. Tratando-se de parte do direito sancionador, assim como a lei penal (art. 5º, *caput*, XL, da Constituição Federal), assim também a legislação que prevê sanções por atos de improbidade não retroage, salvo para beneficiar o réu.

Criticável ou não, o fato é que essa é a opção legislativa, e, não havendo inconstitucionalidade, as regras já em vigor devem ser observadas e aplicadas.

Mas tais disposições aplicam-se inclusive a processos em curso, ou apenas a ações novas? Atingiriam decisões já transitadas em julgado, para afastar condenações por atos que, de acordo com o novo sistema, não haveriam de ser considerados desonestos?

Tratando-se, como efetivamente se trata, de parte do direito sancionador, a resposta que se impõe à primeira das questões formuladas é uma só: Tal como a lei penal (art. 5º, *caput*, XL, da Constituição Federal), assim também a legislação que prevê sanções por atos de improbidade não retroage, salvo para beneficiar o réu.

Tome-se, por exemplo, os atos que, de acordo com o novo sistema, não são considerados ímprobos. Aquilo que, paradoxalmente, chamava-se de “improbidade culposa” (a expressão é contraditória pois, se improbidade é ato praticado com desonestidade, não se compreende “desonestidade culposa”), se não mais é considerado ato de improbidade pela nova lei, não mais serão penalizados. Esse princípio deve ser aplicado também aos atos praticados antes da vigência da Lei nº 14.230/2021, que alterou a Lei nº 8.429/1992.

Assim, a nova tipologia normativa dos atos de improbidade administrativa e de suas sanções se aplica aos atos praticados antes de sua vigência, se para beneficiar o réu. A não ser que haja alteração no modo como o tema vem sendo tratado na jurisprudência até aqui, esse é o entendimento que haverá de prevalecer, daqui por diante, nos tribunais. **■**



JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA é Advogado, professor na Universidade Paranaense e na UEM, e Doutor em Direito pela PUCSP.



Acordo de não persecução cível: uma solução para os processos de improbidade administrativa?

■ POR FERNANDO DRUMMOND

“A Lei nº 14.230/21 proporcionou um considerável avanço na aplicação de soluções consensuais às Ações de Improbidade Administrativa na medida em que dispôs, mais detalhadamente, sobre o Acordo de Não Persecução Cível.”

A redação original da Lei de Improbidade Administrativa, de 1992, vedava qualquer espécie de transação, acordo ou conciliação nas Ações de Improbidade. Subjacente a esta vedação, estava a ideia de que o interesse público seria indisponível e que nenhuma forma de solução transacional poderia protegê-lo de forma adequada.

No entanto, os métodos consensuais foram tomando forma e força em outras áreas do direito brasileiro, especialmente no Processo Civil, mostrando seu enorme potencial para solução de conflitos. Aos poucos, no próprio Direito Administrativo, foi sendo observado que soluções transacionadas poderiam não só proteger o interesse público, mas também fazê-lo de forma mais eficiente.

Assim, em 2019, com a Lei nº 13.964, foi revogado o artigo que vedava a utilização dos métodos consensuais nas Ações de Improbidade Administrativa, enunciando a possibilidade do Acordo de Não Persecução Cível. Porém, o instituto permaneceu inoperável, pois todas as disposições referentes ao procedimento para realização do acordo foram vetadas.

A Lei nº 14.230/21 veio para suprir essa falta, dispondo com maior detalhamento sobre o procedimento para realização do Acordo de Não Persecução Cível. Essa inovação legislativa é de grande interesse para todos os envolvidos em Ações de Improbidade Administrativa, inclusive empresas, sócios, acionistas, diretores e colaboradores.

COMO FUNCIONA O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

A principal vantagem do acordo é que uma vez homologado e cumprido, fica encerrada a Ação de Improbidade Administrativa e extinta a punibilidade do agente pelos atos de improbidade ali debatidos. A depender do momento em que é entabulado, o acordo pode evitar medidas constritivas de patrimônio e, em geral, implica resolução bem mais célere quando comparado com o curso de uma Ação de Improbidade completa. O acordo, no entanto, é limitado à Ação de Improbidade e não implicará afastamento de eventual responsabilidade cível ou criminal decorrente dos fatos debatidos na ação extinta.

A proposta pode ser oferecida pelo Ministério Público tanto no curso da investigação quanto já durante a Ação de Improbidade ou ainda no momento da execução de sentença condenatória (art. 17-B, § 4º). Ao propor o acordo, o Ministério Público avaliará a personalidade do agente, a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do ato, bem como as vantagens de uma solução rápida do caso (art. 17-B, § 2º). Dentre as condições estão, obrigatoriamente, o integral ressarcimento do dano e a reversão da vantagem indevidamente obtida (art. 17-B, I e II). O valor do dano será apurado com base em exposição do Tribunal de Contas competente (art. 17-B, § 3º). Outras condições também podem ser negociadas, como a adoção de mecanismos de governança e boas práticas corporativas (art. 17-B, § 6º).

Em caso de descumprimento, a lei determina que o agente não poderá entabular novo acordo pelo prazo de 5 anos, contados da data da ciência da violação (art. 17-B, § 7º). É possível que, dos termos propostos, decorra ainda alguma outra consequência do inadimplemento, como a imposição de cláusula penal.

QUAIS SÃO AS DIFICULDADES?

Apesar de representar um avanço na normativa referente ao Acordo de Não Persecução Cível, as reformas promovidas pela Lei nº 14.230/21 ainda não esclarecem pontos relevantes que podem influenciar o grau de interesse dos agentes privados no acordo. Na ausência de previsão legal que aponte melhor esses pontos, multiplicam-se as portarias e orientações internas nos mais

variados órgãos públicos, como o Ministério Público dos estados e Federal, e ainda a Advocacia Geral dos estados e da União.


Essa diversidade de orientações não promove a difusão do acordo, mas acaba reduzindo a previsibilidade e segurança jurídica do pactuado. Pode-se inclusive levantar dúvidas sobre a competência desses órgãos internos para regulamentar a matéria, como ocorreu no caso da Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público sobre o equivalente penal do acordo cível.

Ilustrativamente, um dos pontos que pode concretamente influenciar o grau de interesse dos agentes privados na realização do acordo é o requisito da confissão expressa. Não está previsto na Lei de Improbidade Administrativa que o agente deve confessar a prática dos atos de improbidade para acessar o Acordo de Não Persecução Cível. Mas é possível condicionar o acordo à admissão da participação em atos de improbidade? O questionamento surge na medida em que o equivalente penal ao acordo cível exige, expressamente, a confissão do agente (art. 28-A, Código de Processo Penal). A própria Advocacia Geral da União, na Portaria Normativa nº 18, de 16 de julho de 2021, indicou como um dos requisitos do acordo a “admissão da participação nos atos ilícitos” (art. 5º, I). Porém, é no mínimo controverso condicionar o acordo a um requisito que não foi expresso em lei e que não tem correspondente em qualquer das sanções já elencadas na Lei de Improbidade Administrativa.

CONCLUSÃO

A Lei nº 14.230/21 proporcionou um considerável avanço na aplicação de soluções consensuais às Ações de Improbidade Administrativa na medida em que dispôs, mais detalhadamente, sobre o Acordo de Não Persecução Cível. O acordo é o mecanismo que encerra a Ação de Improbidade mediante a fixação e cumprimento de algumas condições, dentre elas a reparação integral do dano e a reversão da vantagem indevida, e pode afastar a incidência das outras sanções previstas na lei.

Algumas dificuldades podem acabar reduzindo o interesse na celebração do acordo. Uma delas é o fato de que, apesar da inovação legislativa, ainda há pontos relevantes deixados em aberto, como o dos requisitos para a realização do acordo. Para suprir a ausência legislativa, proliferam-se orientações internas de órgãos como o Ministério Público e a Advocacia Geral, o que pode prejudicar a previsibilidade dos requisitos e segurança jurídica do pactuado.

O Acordo de Não Persecução Cível é um instrumento de consensualidade promissor que seria consideravelmente beneficiado por disposições legais ainda mais específicas. Porém, na ausência dessas disposições, é preciso conduzir a negociação dos termos do Acordo de forma a proporcionar vantagens reais aos agentes acusados de envolvimento em atos de improbidade ao mesmo tempo em que se promove a utilidade pública do acordo. 



FERNANDO DRUMMOND é Advogado.



A convenção interamericana contra o racismo e a competência penal

■ POR RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

“Tratando-se de prática de racismo, não há falar-se em prescrição, nos termos do art. 5º, XLII da Constituição, inclusive quando se tratar de injúria racial, conforme recentemente decidiu o Supremo Tribunal Federal.”

Foi publicado no Diário Oficial da União do último dia 11 de janeiro o Decreto nº 10.932, promulgando a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, nos termos do art. 84, *caput*, IV, da Constituição Federal.

A convenção foi firmada pelo Brasil na 43ª Sessão Ordinária da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, na Guatemala, em 5 de junho de 2013, e aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 1, de 18 de fevereiro de 2021, nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição Federal.

Em 28 de maio de 2021, o governo brasileiro depositou, junto à Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, o instrumento de ratificação da Convenção, entrando em vigor, no plano jurídico externo, em 27 de junho de 2021, conforme preceitua o art. 20 da Convenção.¹

A Convenção define a discriminação racial como sendo “qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes”, podendo se basear “em raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica.”

Conceitua, outrossim, a discriminação racial indireta, “aquela que ocorre, em qualquer esfera da vida pública ou privada, quando um dispositivo, prática ou critério aparentemente neutro tem a capacidade de acarretar uma desvantagem particular para pessoas pertencentes a um grupo específico, com

base em raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica, ou as coloca em desvantagem, a menos que esse dispositivo, prática ou critério tenha um objetivo ou justificativa razoável e legítima à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos.”

Também está definida na Convenção a discriminação múltipla ou agravada, como sendo “qualquer preferência, distinção, exclusão ou restrição baseada, de modo concomitante, em dois ou mais critérios dispostos anteriormente (raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica), ou outros reconhecidos em instrumentos internacionais, cujo objetivo ou resultado seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes, em qualquer área da vida pública ou privada.”

Define-se racismo como “qualquer teoria, doutrina, ideologia ou conjunto de ideias que enunciam um vínculo causal entre as características fenotípicas ou genotípicas de indivíduos ou grupos e seus traços intelectuais, culturais e de personalidade, inclusive o falso conceito de superioridade racial, ocasionando desigualdades raciais e a noção de que as relações discriminatórias entre grupos são moral e cientificamente justificadas.”

Considera-se intolerância “um ato ou conjunto de atos ou manifestações que denotam desrespeito, rejeição ou desprezo à dignidade, características, convicções ou opiniões de pessoas por serem diferentes ou contrárias, podendo se manifestar como a marginalização e a exclusão de grupos em condições de vulnerabilidade da participação em qualquer esfera da vida pública ou privada ou como violência contra esses grupos.”

Nos termos da Convenção, “toda teoria, doutrina, ideologia e conjunto de ideias racistas são cientificamente falsas, moralmente censuráveis, socialmente injustas e contrárias aos princípios fundamentais do Direito Internacional e, portanto, perturbam gravemente a paz e a segurança internacional, sendo, dessa maneira, condenadas pelos Estados Partes.”

Ademais, estabelece-se que “as medidas especiais ou de ação afirmativa adotadas com a finalidade de assegurar o gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais de grupos que requeiram essa proteção não constituirão discriminação racial, desde que essas medidas não levem à manutenção de direitos separados para grupos diferentes e não se perpetuem uma vez alcançados seus objetivos.”

No Capítulo II da Convenção, dispõe-se que “todo ser humano é igual perante a lei e tem direito à igual proteção contra o racismo, a discriminação racial e formas correlatas de intolerância, em qualquer esfera da vida pública ou privada”; outrossim, “tem direito ao reconhecimento, gozo, exercício e proteção, em condições de igualdade, tanto no plano individual como no coletivo, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados na legislação interna e nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes.”

Os Estados Partes comprometem-se “a prevenir, eliminar, proibir e punir, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições da Convenção, todos os atos e manifestações de racismo, discriminação racial e

formas correlatas de intolerância, bem como a adotar as políticas especiais e ações afirmativas necessárias para assegurar o gozo ou exercício dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas ou grupos sujeitos ao racismo, à discriminação racial e formas correlatas de intolerância, com o propósito de promover condições equitativas para a igualdade de oportunidades, inclusão e progresso para essas pessoas ou grupos.”

Tais medidas ou políticas “não serão consideradas discriminatórias ou incompatíveis com o propósito ou objeto da Convenção, não resultarão na manutenção de direitos separados para grupos distintos e não se estenderão além de um período razoável ou após terem alcançado seu objetivo.”

Comprometem-se, ademais, “a formular e implementar políticas cujo propósito seja proporcionar tratamento equitativo e gerar igualdade de oportunidades para todas as pessoas, em conformidade com o alcance desta Convenção; entre elas, políticas de caráter educacional, medidas trabalhistas ou sociais, ou qualquer outro tipo de política promocional, e a divulgação da legislação sobre o assunto por todos os meios possíveis, inclusive pelos meios de comunicação de massa e pela internet, além de adotar legislação que defina e proíba expressamente o racismo, a discriminação racial e formas correlatas de intolerância, aplicável a todas as autoridades públicas, e a todos os indivíduos ou pessoas físicas e jurídicas, tanto no setor público como no privado, especialmente nas áreas de emprego, participação em organizações profissionais, educação, capacitação, moradia, saúde, proteção social, exercício de atividade econômica e acesso a serviços públicos, entre outras, bem como revogar ou reformar toda legislação que constitua ou produza racismo, discriminação racial e formas correlatas de intolerância.”

São também compromissos assumidos pelos Estados Partes os seguintes:

1) Garantir que a adoção de medidas de qualquer natureza, inclusive aquelas em matéria de segurança, não discrimine direta ou indiretamente pessoas ou grupos.

2) Garantir que seus sistemas políticos e jurídicos reflitam adequadamente a diversidade de suas sociedades, a fim de atender às necessidades legítimas de todos os setores da população, de acordo com o alcance desta Convenção.

3) Garantir às vítimas do racismo, discriminação racial e formas correlatas de intolerância um tratamento equitativo e não discriminatório, acesso igualitário ao sistema de justiça, processo ágeis e eficazes e reparação justa nos âmbitos civil e criminal, conforme pertinente.

4) Considerar agravantes os atos que resultem em discriminação múltipla ou atos de intolerância, ou seja, qualquer distinção, exclusão ou restrição baseada em dois ou mais critérios enunciados nos Arts. 1.1 e 1.3 desta Convenção.

5) Realizar pesquisas sobre a natureza, as causas e as manifestações do racismo, da discriminação racial e formas correlatas de intolerância em seus respectivos países, em âmbito local, regional e nacional, bem como coletar, compilar e divulgar dados sobre a situação de grupos ou indivíduos que sejam vítimas do racismo, da discriminação racial e formas correlatas de intolerância.

6) Estabelecer ou designar, de acordo com sua legislação interna, uma instituição nacional que será responsável por monitorar o cumprimento desta Convenção, devendo informar essa instituição à Secretaria-Geral da OEA.

7) Promover a cooperação internacional com vistas ao intercâmbio de ideias e experiências, bem como a executar programas voltados à realização dos objetivos desta Convenção.

Com a finalidade de monitorar a implementação dos compromissos assumidos na Convenção, permite-se que, dentre outros vários mecanismos de proteção e acompanhamento da convenção (indicados taxativamente no documento), “qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental juridicamente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização dos Estados Americanos, pode apresentar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte.”

Além disso, “qualquer Estado Parte pode, quando do depósito de seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece a competência da Comissão para receber e examinar as comunicações em que um Estado Parte alegue que outro Estado Parte incorreu em violações dos direitos humanos dispostas nesta Convenção, caso em que serão aplicáveis todas as normas de procedimento pertinentes constantes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos assim como o Estatuto e o Regulamento da Comissão.”

Dispõe-se, afinal, que “nenhuma disposição da Convenção será interpretada no sentido de restringir ou limitar a legislação interna de um Estado Parte que ofereça proteção e garantias iguais ou superiores às estabelecidas na Convenção, ou no sentido de restringir ou limitar as convenções internacionais sobre direitos humanos que ofereçam proteção igual ou superior nessa matéria.”

Pois bem.


Lembra-se, inicialmente, que o Brasil define, na Lei nº 7.716/89, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, bem como o delito de injúria com preconceito, este tipificado no art. 140, § 3º, do Código Penal.

Feitas tais e primeiras considerações, vejamos a questão da atribuição (para investigar e acusar) e da competência para o processo e julgamento dos crimes resultantes da prática do racismo, da discriminação racial e de outras formas correlatas de intolerância, conforme definições dadas pela referida convenção.

Com efeito, será da competência da Justiça Comum Federal o processo e julgamento do respectivo delito, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente, conforme dispõe o art. 109, V da Constituição Federal.

De toda maneira, ainda que não se trate de “crime praticado à distância” ou “de espaço máximo” – conforme a tradicional classificação doutrinária –, a competência ainda poderá recair sobre a Justiça Comum Federal caso o Superior Tribunal de Justiça julgue procedente o incidente de deslocamento de competência, de acordo com o art. 109, V-A, combinado com o seu § 5º, ambos da Constituição Federal, salvo se se tratar, evidentemente, de um caso de competência por prerrogativa de função, hipótese em que caberá ao respectivo tribunal (ou mesmo ao Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, se for o caso) o processo e julgamento do suposto autor da infração penal.²

Em ambos os casos, a atribuição para a investigação deverá ser da Polícia Federal, nos termos do art. 144, § 1º, I (*in fine*) e IV, da Constituição, além do art. 1º, III, da Lei nº 10.446/2002; outrossim, e por óbvio, a atribuição para o oferecimento da denúncia será do Ministério Público Federal.³

Lembra-se, por fim, que, tratando-se de prática de racismo, não há falar-se em prescrição, nos termos do art. 5º, XLII da Constituição, inclusive quando se tratar de injúria racial, conforme recentemente decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus 154248.⁴ 

NOTAS

- 1 Observa-se que, conforme estabelecido no inciso I, do *caput* do art. 49 da Constituição, ficam sujeitos à aprovação do Congresso Nacional atos que possam resultar em revisão da Convenção e ajustes complementares que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.
- 2 Nos termos do art. 109, V, da Constituição, compete à Justiça Comum Federal processar e julgar “os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente”; ademais, dispõe o seu inciso V-A que à Justiça Comum Federal caberá o processo e julgamento das causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º: “nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.”
- 3 Conforme estabelece o art. 144, § 1º, IV, cabe à Polícia Federal “exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.”; o art. 1º, III, da Lei nº 10.446/2002, dispõe que, “na forma do inciso I do § 1º do art. 144 da Constituição, quando houver repercussão interestadual ou internacional que exija repressão uniforme, poderá o Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça, sem prejuízo da responsabilidade dos órgãos de segurança pública arrolados no art. 144 da Constituição Federal, em especial das Polícias Militares e Cíveis dos Estados, proceder à investigação, dentre outras, das infrações penais relativas à violação a direitos humanos, que a República Federativa do Brasil se comprometeu a reprimir em decorrência de tratados internacionais de que seja parte.”
- 4 Na sessão do dia 28 de outubro do ano passado, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do Habeas Corpus 154248, no qual se discutia a prescrição no crime de injúria racial, prevalecendo o voto do relator, Ministro Edson Fachin, segundo o qual “a injúria racial traz em seu bojo o emprego de elementos associados ao que se define como raça, cor, etnia, religião ou origem para se ofender ou insultar alguém, havendo ataque à honra ou à imagem alheia, com violação de direitos, como os da personalidade, que estão ligados à dignidade da pessoa humana.” Assim, ainda nos termos do voto do relator, “a injúria é uma forma de realizar o racismo, e agir dessa forma significa exteriorizar uma concepção odiosa e antagônica, revelando que é possível subjugar, diminuir, menosprezar alguém em razão de seu fenótipo, de sua descendência, de sua etnia, sendo possível enquadrar a conduta tanto no conceito de discriminação racial previsto em diplomas internacionais quanto na definição de racismo já empregada pelo STF.”



RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia e Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador – UNIFACS.

APACs: o outro lado

■ POR ANDRÉ LUIS ALVES DE MELO



“A função do Direito Penal é punir e impedir novos delitos, nenhum juiz tem o poder mágico de ressocializar, transformar criminosos, cabe ao réu optar por ressocializar e deixar de cometer crimes.”

A relevância do tema e o pouco debate sobre a realidade do tema APACs (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados) segue uma tendência de impor uma ideologia alegando que seria um modelo de sucesso e implicitamente podendo-se concluir que atende ao bem-estar social do criminoso.

De início pontuamos que não existe este modelo de terceirização do local de cumprimento da pena para ONGs em nenhum país do mundo. E também não há interesse de nenhum país do mundo em implantar esta terceirização do cumprimento da pena criminal para ONGs. O que muitos não sabem é que as APACs são ONGs, associações particulares. Imagine uma ONG com verbas ou integrantes alinhados com o PCC ou às milícias, por exemplo.

Este articulista atuando na linha de frente de processos penais e investigações, e tendo contato real com criminosos, bem como vítimas, diariamente nos processos e audiências, pode manifestar com base em questões reais, e não filosóficas. Nesse sentido assevera que já houve casos de desvios de verbas nestas APACs, e também de compras em supermercados de luxo e até “fuga de apenados” em APACs, as quais não constavam no sistema para serem capturados.

Por outro lado, alega-se ainda comumente que a reincidência nas prisões comuns seria de 80% e nas APACs seria 15%, mas sem citar fonte alguma. E este dado é de difícil apuração, pois os sistemas não estão integrados, nem entre os Judiciários, nem entre o Judiciário e Polícia. Para se ter uma ideia, em Minas Gerais se o Ministério Público desejar uma Certidão Criminal de um réu (informação sobre processos penais judicializados) tem que pedir uma Certidão Judicial em cada uma das 294 Comarcas do Estado de Minas Gerais. Afinal, quais os dados usam para concluir esta diferença na reincidência? E o criminoso pode cometer vários crimes e não ser identificado.

Além disso, sabemos que uma pessoa mesmo que tenha habitualidade criminosa pode não ser considerada tecnicamente reincidente, pois a lei exige que para ser reincidente cometa um crime posterior ao trânsito em julgado do crime anterior e no prazo de cinco anos. Ou seja, o criminoso tem que desejar, e esforçar muito, para ser reincidente e conseguir este troféu. Afinal, ainda que tenha até dezenas de crimes, pode ser tecnicamente primário pela lei brasileira.

É até possível que o nível de reincidência para quem cumpre pena nas APACs seja menor, pois lá tende-se a destinar presos que não sejam habitualmente criminosos e que cometeram delitos menos graves. Mas, há casos de enviarem presos perigosíssimos, pois não há critérios objetivos. Entretanto, a maioria é de baixa periculosidade, logo, eventual menor reincidência é uma questão de causa e não de efeito. Seria o mesmo que uma “pesquisadora” afirmar que em consultórios de dermatologia há menos óbitos do que em UTIs. Ora, isto é uma questão de causa (início), o risco de morte em consultórios de dermatologia é menor do que em UTI.

Em tempos que se arvoram discursos por “métodos científicos”, estudos randomizados e duplo cego, para se saber se remédios funcionam, mas na área jurídica não se tem pesquisa de campo alguma e prevalece o “achismo jurídico”, o que provoca uma epidemia de impunidade e a morte anual de 50 mil pessoas por assassinato e mais 40 mil pessoas em acidentes de trânsito, com a esmagadora maioria dos réus ficando impunes.

Em tese, o direito penal tem como finalidade proteger a sociedade e não proteger criminoso. Contudo, depois que o garantismo, descendente da Escola

de Frankfurt, infiltrou no meio jurídico brasileiro, o qual tem viés ideológico notório, basta estudar a posição político-partidária dos Srs. Zaffaroni (Argentino) e Ferrajoli (Italiano), os quais defendem esta ideologia do garantismo, e constatar que a impunidade propiciada tem violado o direito fundamental da população à segurança pública e provocando o caos social e como consequência aumentado a criminalidade, mas pouco se fala sobre isso.

Outro aspecto que gera fundadas suspeitas sobre a ideologia e objetivo desta terceirização do cumprimento da pena é que quando se fala em empresas controlarem o cumprimento da pena assumindo a gestão de presídios é uma gritaria geral, mas quando se fala em ONGs cuidarem de condenados tudo é visto com ar angelical.

Mais paradoxal ainda é que no Brasil a defesa criminal é feita, em sua maioria, por órgão estatal, enquanto a acusação também. E não há interesse em se discutir isso, nem se estimular mecanismos para a área privada ser incentivada a fazer a defesa para réus pobres. Ou seja, a assistência jurídica que deveria ser predominantemente privada está sendo estatizada, e isto não ocorre em nenhum país democrático. Pois nos demais países adotam o atendimento estatal como alternativa subsidiária e complementar à iniciativa privada. Já no Brasil o cumprimento da pena que é o império do poder de polícia do Estado está sendo delegado, privatizado, para ONGs. Algo difícil de se compreender pela lógica.

Nem o Código Penal, nem a LEP prevê, a possibilidade expressa de se cumprir pena em estabelecimentos geridos por ONGs. Há, em tese, uma possibilidade para o regime aberto quando a lei fala em “similares”. No entanto, estão direcionando para as APACs até presos em regimes fechados e semiaberto.

Muito embora e praticamente haja coação para se aceitar a visão de que desigualdade social gera criminalidade, no entanto esta situação influencia apenas no tipo de crime e não na quantidade de crimes, o que não pode ser confundido com número de presos, pois crimes mais elaborados têm penas alternativas e processo mais complexo, o que gera neste último caso mais dificuldade para provar e condenar.

O fato é que durante determinado Governo Federal em que se alega ter diminuído a desigualdade social, ainda que com base em política de crédito para endividamento, o que vários economistas com prêmio Nobel alertam há décadas é que este período ilusório dura no máximo 08 anos, uma vez que depois chega a fatura do endividamento.

Mas, o fato é durante este suposto período de bonança com empregos sobrando o número de presos triplicou, conforme dados do DEPEN, e o número de crimes aumentou também. *No entanto, em vez de alegarem falta de empregos, então passaram a alegar falta de oportunidade e capacitação para ocupar empregos*, o que justificaria o aumento de crimes patrimoniais e de homicídio. E pouco se fala sobre isso. Em tese, a assistência jurídica nos anos 2000, era mais estruturada do que nas décadas de 80/90. O que será que ocorreu para se ter o aumentado a quantidade de crimes e o número de presos em período

de bonança e que a assistência jurídica estatal foi reforçada? Este caminho é o mais adequado? Isto não se discute.

Na verdade, o que reduz crime é vigilância permanente e condenações rápidas e com penas que gerem receio ao infrator, ainda que pecuniárias. No Brasil, o que prevalece é um processo longo, com muita prescrição e penas diminutas na maioria dos casos.

Contudo, prevalece ainda o mito de que o criminoso comete crime por imposição de condições sociais e não por vontade própria, como se todo pobre fosse criminoso e não existisse criminosos ricos e estudados.

Talvez então melhor seria municipalizar este regime de APAC. Ou até mesmo acabar com regime aberto, pois cumprido na forma de prisão domiciliar ou com tornozeleira sem fiscalização real (uma espécie de prisão fake News), uma vez que não existem os albergues previstos na Lei. E ainda, até mesmo deixar de processar em muitos casos. Mas, deixar de processar não agrada o meio jurídico. Afinal, o mundo jurídico é como uma fábrica de veículos, o objetivo desta é vender mais carros. E no caso do meio jurídico é vender processos pela via judicial, tanto é que não se estuda nas faculdades o “Direito Legislativo”. Portanto, embora usem o falso discurso de objetivo de reduzir processos judiciais, na prática é o contrário.

Torna-se paradoxal utilizar um instrumento caríssimo que é o processo penal para ao final cumprir pena no estilo “paz e amor” das APACs.

Até mesmo os festejados ANPP (Acordos de Não Persecução Penal) chegam a ter necessidade de, no mínimo 03 audiências, o que gera custos para o autor do fato e Estado. Melhor então que nem se processe criminalmente em delitos de menor potencial ofensivo, ou seja, obrigado a fazer acordos nestes casos (oportunidade da ação penal em vez de obrigatoriedade da ação penal). Assim, os casos menos graves ficariam com os órgãos de assistência social ou de psicologia para uma solução mais amena e até mesmo lúdica. Até mesmo nas transações penais “obrigatórias” nos juizados especiais muitas vezes o que o réu paga em condenação é menor do que o Estado paga em honorários para a defesa na transação penal em que é obrigatória a presença do advogado, ou seja, a persecução penal torna-se inofensiva, ao menos para os fins que deveria ser útil.

Afinal, o Direito Penal desmoralizado e tratado como meio de “purificação social correcionalista” é o caminho ágil para o aumento de criminalidade. Portanto, se não é para punir com rigor, então que nem se processe criminalmente. Não se opõe a eventual ressocialização de criminosos, mas que seja feita na seara competente que é a ação social (CRAS e CREAS, por exemplo) e não transformar o processo penal punitivo em uma espécie de Processo Social com “graça social transformadora”, e impositiva, mesmo que o apenado não queira. Afinal, são apenados, condenados e não “reeducandos”, como se prega ideologicamente.

Parafrazeando frase conhecida: Há muita coisa entre o paraíso recursal dos papéis e a realidade terráquea de confrontos diários com bandidos em

audiências reais e o ranger e choro de vítimas. Mas, felizes os que vivem na Disneylândia jurídica, pois quem trabalha diariamente no deserto da realidade sofre e sofre muito.

A função do Direito Penal é punir e impedir novos delitos, nenhum juiz tem o poder mágico de ressocializar, transformar criminosos, cabe ao réu optar por ressocializar e deixar de cometer crimes. Caso assim fosse, teríamos que prender e “ressocializar” antes de cometer o crime todos os que fossem suspeitos de cometerem algum crime no futuro, e não esperar cometer o crime.


A maioria dos países não tem esta visão de ressocializar como efeito ou imposição da pena, mas apenas como direito voluntário do réu, e que não tem como ser imposto ao mesmo. O crime não é apenas por questões sociais, como nos impõe mal-fadada ideologia, isto é, tem aspectos de ambição, impunidade, genética e vários outros fatores. Ao se criminalizar muitos fatos com penas pequenas, mas que geram prisão em flagrante, acaba sendo um meio para reunir e “doutrinar” criminosos, atendendo aos propósitos da Escola de Frankfurt, e criando assim possibilidade de “soldados de reserva” com o discurso de ressocializar.

Alega-se que um dia os presos voltarão para sociedade e então precisam ser “purificados”, ressocializados. Ora, não há nenhuma garantia disso, então se cometerem novos crimes que sejam presos novamente. E nem se exige que apenas sejam soltos quando provarem que estão ressocializados. Ou seja, basta cumprir o tempo de pena. Algo que poderia ser obrigatório é o trabalho e o dever de ressarcimento ao Estado pelo tempo na prisão, mas nada disso é obrigatório.

De forma bem resumida, destaca-se que garantismo entende que o processo penal é para proteger o criminoso do Estado, pois é uma vítima da sociedade. Já para o funcionalismo o processo penal é para proteger a sociedade, a qual é vítima de criminosos, afastando do convívio social os mais perigosos e em fatos graves. Já para o finalismo o processo é um fim em si mesmo, sem finalidade útil, algo meramente burocrático.

Falar em processo penal punitivista no Brasil quando mais da metade dos crimes não são apurados (cifra negra) e o do que se processa judicialmente mais de 60% prescreve, é uma retórica ideologicamente programada.

Portanto, o crime é uma opção do criminoso, e não uma imposição social, embora este erro de acreditar na imposição social seja imposto aos estudantes na maioria das faculdades de Direito no Brasil.

E por fim, as APACs não existem no Código Penal, logo são ilegais, e não se exclui a ilegalidade com boas e ingênuas intenções, pois elas somente são admissíveis para quem cumpre pena no regime aberto e deveria haver uma regulamentação específica e não normas administrativas esparsas e com base no “politicamente correto”. 



ANDRÉ LUIS ALVES DE MELO é Promotor de Justiça em MG e Doutor em Direito Processual Constitucional pela PUC SP.



Aposentadoria para a mulher em 2022

■ POR JOÃO BADARI

“É importante a segurada do INSS estudar todas as regras de transição e buscar toda a sua documentação antes de requerer a aposentadoria do INSS.”

As regras para aposentadoria em 2022 tiveram algumas mudanças significativas. Entre as principais está a aposentadoria por tempo de contribuição das mulheres. A reforma da Previdência alterou sensivelmente a forma de concessão dos benefícios do INSS e as mulheres tiveram grandes alterações na forma que conseguem a sua aposentadoria.

As mudanças para as mulheres ocorrem tanto nas regras de transição de acesso a aposentadoria, como também na regra permanente, da idade mínima. Por exemplo, se a segurada já possuía 30 anos de contribuição antes de 13 de novembro de 2019, pode ficar tranquila, pois possui direito adquirido a aposentar-se pelas regras antigas e não terá a influência da reforma quando pedir o seu benefício ao INSS. Isso vale para quem ainda não pediu a aposentadoria e para quem está aguardando o pedido administrativo (junto ao INSS) ou judicial.

Ou seja, se a mulher não optou por pedir a sua aposentadoria, ou não sabia que já poderia aposentar-se, o seu direito está consolidado e o INSS deverá

respeitar. Muitas mulheres não sabiam, mas poderiam ter se aposentado e não o fizeram, como por exemplo:

- Trabalhou em atividade especial, com insalubridade. Neste caso, a cada 10 anos trabalhados ela antecipa em anos a aposentadoria;
- Trabalhou no campo;
- Ganhou ação trabalhista;
- Período trabalhado em regime próprio de previdência (RPPS - concursada);
- Períodos que recebeu benefício por incapacidade (auxílio-doença).

Estes são apenas alguns exemplos que podem antecipar a sua aposentadoria e aumentar o valor do benefício, pois aumentando o tempo de contribuição, a segurada poderá se encaixar em uma regra mais vantajosa. Portanto, a mulher com essas características, que ainda não pediu a sua aposentadoria, deve realizar um estudo previdenciário, pois pode ter o direito adquirido e não sabe disto.

Para as mulheres que ainda não possuíam o direito adquirido e não se encaixam em nenhuma regra de transição, a reforma da Previdência mudou a idade mínima a ser atingida para conseguir se aposentar, ela aumentou em dois anos: idade mínima de 62 anos e tempo de contribuição continua em 15 anos.

E como é feito o cálculo da aposentadoria para as mulheres?

Serão considerados todos os salários de contribuição realizados a partir de julho de 1994, e desta média será aplicado o coeficiente de 60% mais 2% a cada ano contribuído a partir do 15º ano de pagamento ao INSS.

Exemplo prático: a senhora Maria possuía 21 anos de contribuição para o INSS e tem 62 anos de idade, o seu coeficiente será de 60% mais 12%, totalizando 72%.

Se a sua média dos salários de contribuição era de R\$ 3.000,00 ela vai ter uma aposentadoria de R\$ 2.160,00.

Outro ponto importante é que a reforma, ao trazer uma idade mínima nas aposentadorias, colocou fim nas aposentadorias por tempo de contribuição, exceto se a mulher se encaixar em alguma das regras de transição.

Relevante destacar que as regras de transição são criadas sempre que existem mudanças previdenciárias, como a reforma da Previdência, para não punir de forma tão severa quem já estava perto de aposentar-se.

Entre elas está a regra da idade mínima para as mulheres em 2022. Esta regra estabelece que as mulheres em 2022 vão precisar ter 61 anos e 6 meses de idade, mais o tempo mínimo de 15 anos de contribuição para aposentar-se. Esta regra subiu de 61 anos, para 61 anos e 6 meses, com relação a 2021, e no ano que vêm ela será de 62 anos exigidos como idade mínima para buscar a aposentadoria. O cálculo será igual o da regra permanente, ou seja, serão considerados todos os salários de contribuição realizados a partir de julho de 1994, e desta média será aplicado o coeficiente de 60% mais 2% a cada ano contribuído a partir do 15º ano de pagamento ao INSS.

Exemplo prático: a senhora Maria possuía 21 anos de contribuição para o INSS e tem 62 anos de idade, o seu coeficiente será de 60% mais 12%, totalizando 72%. Se a sua média dos salários de contribuição era de R\$ 3.000,00 ela vai ter uma aposentadoria de R\$ 2.160,00.

Outra regra é a de pontos, que estabelece que, para conseguir se aposentar em 2022, a mulher deverá somar a sua idade com o tempo de contribuição.

Ela não exige uma idade mínima, porém o tempo de contribuição deverá ser de pelo menos 30 anos.


Em 2022 as mulheres deverão atingir 89 pontos somando a idade e o tempo de contribuição, se forem professoras o número de pontos será reduzido para 84 pontos (são 5 a menos). Exemplo: a senhora Maria possui 59 anos de idade em 2022 e tem 30 anos trabalhados, somando chega ao resultado de 89 pontos, conseguindo se aposentar por tempo de contribuição. Neste caso o cálculo também se mantém, como na regra permanente. Serão considerados todos os salários de contribuição realizados a partir de julho de 1994, e desta média será aplicado o coeficiente de 60% mais 2% a cada ano contribuído à partir do 15º ano de pagamento ao INSS.

Já na regra de transição da idade mais o tempo de contribuição, as mulheres precisam ter 30 anos de contribuição para aposentar-se, porém a idade mínima cai de 61 anos e 6 meses (como na regra dos 15 anos de contribuição) para 57 anos e 6 meses em 2022. No ano passado ela era de 57 anos, e agora em 2022 subiu 6 meses. No ano de 2023 vai subir mais 6 meses, e assim continuar ano a ano subindo progressivamente, até atingir 62 anos.

Também é importante citar a regra do pedágio de 50%. Nesta regra de transição as mulheres precisarão cumprir um “pedágio” de 50% do tempo que faltava para atingir 30 anos de contribuição, antes da reforma. Assim, se uma mulher tinha 29 anos de contribuição em 13 de fevereiro de 2019, ela vai ter que cumprir o 1 ano que faltava para alcançar os 30 anos de contribuição, mais 6 meses como pedágio (50%).

Neste caso muda o cálculo, pois será considerado 100% dos salários de contribuição e aplicar o fator previdenciário. Fator previdenciário é a fórmula matemática que envolve 3 fatores: idade, expectativa de vida e tempo de contribuição. Quanto mais jovem, maior a sua expectativa de vida e consequentemente menor será o valor da aposentadoria.

E, por fim, a regra do pedágio de 100%. Com esta regra de transição, as mulheres que estavam a mais de 2 anos de atingir os 30 anos de contribuição, antes de 13 de novembro de 2019, deverão cumprir 100% como pedágio, ou seja, o dobro. Se a trabalhadora possuía 27 anos de contribuição, como exemplo, faltava para ela 3 anos. Ela deverá cumprir os 3 anos e mais 3 como pedágio, totalizando 6 anos para aposentar-se (33 anos de contribuição ao INSS). O cálculo será sobre 100% dos salários de contribuição após julho de 1994, com coeficiente de 100% e fator previdenciário também de 100%, sem qualquer redutor na sua aposentadoria.

Portanto, é importante a segurada do INSS estudar todas as regras de transição e buscar toda a sua documentação antes de requerer a aposentadoria do INSS. É importantíssimo analisar o seu CNIS (Cadastro Nacional de Informações Sociais) e verificar se todos os dados estão corretos, pois qualquer erro pode diminuir a sua aposentadoria. 



JOÃO BADARI é Advogado especialista em Direito Previdenciário.



O caso da boate Kiss e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos

■ POR CÁSSIO FAEDDO

“Não se equipará este caso a outros processos como o de Maria da Penha ou do Carandiru na CIDH, nos quais houve a determinação de reparações a serem realizadas pelo Estado brasileiro.”

No notório processo dos réus responsabilizados pelos eventos que causaram a morte de 242 pessoas e mais 636 pessoas feridas em show na boate Kiss, em Santa Maria, Rio Grande do Sul, houve a condenação dos acusados, pelo Tribunal do Júri, a penas que variaram de 18 a 22 anos de prisão.

O fato é que após o veredito do Júri foi concedido *habeas corpus* pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tendo a liminar, na sequência, sido cassada pelo Ministro Luiz Fux no STF.

Inconformados com a decisão, houve o protocolo de requerimento à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com fundamento no art. 25 do Regulamento desta Comissão, para que o caso seja direcionado à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O caso é emblemático, pois descortina a falta total de cuidados com segurança em uma instalação para a coletividade. Talvez, no Brasil, fossemos demais lenientes com casos desta espécie. Mas, quem tem um negócio, deveria cuidar de todas as exigências de segurança para que este possa entrar em operação.

Em que pese o elogiado esforço dos advogados de defesa que cumprem valoroso mister, e que não se confundem com a figura dos réus, há poucas chances de seguimento do requerimento, ou que este seja apreciado posteriormente pelo Tribunal.

Há algumas razões.

Uma delas é que sobre o caso há sensível controvérsia jurídica que deve ser resolvida no âmbito da Justiça brasileira. Ou seja, não se trata de ofensa direta a um direito líquido e certo dos réus.

O fato é que estamos diante de um conflito de direitos fundamentais, uma vez que não há direito fundamental absoluto. Nem mesmo dos réus em face da morosidade de nove anos até que o caso chegasse ao júri.

A presunção de inocência, tampouco direitos humanos, ou mesmo a CIDH, podem servir de instrumentos para a impunidade.

Vamos relembrar outro notório caso que serviu como ponto de inflexão de nosso direito, o caso Maria da Penha, vítima de seu marido que teve que aguardar vinte anos para ver o julgamento do ofensor. Ainda assim, este réu com dois anos, já estava em liberdade.

Desta forma, o Brasil foi levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por absurda tolerância e leniência na aplicação de justiça ao caso.

Justiça tardia não é justiça. Da mesma forma que os réus merecem um julgamento justo, os familiares das vítimas merecem o fim do processo e o desfecho do caso.

Os mortos devem ser respeitados, bem como os pais e demais familiares.

A presunção de inocência deve ser interpretada em conjunto com outros direitos constitucionais postos no caso, em especial aqueles que põe em xeque o sistema criminal e a própria efetividade da lei.

O direito à liberdade, duplo grau de jurisdição, não são mais importantes do que os direitos da coletividade e dos ofendidos, como os direitos, à vida e a razoável duração do processo, bem como de que haja justiça.

Não se despreze o direito os réus de fazer valer o direito de requerimento com fulcro no artigo 25 do Regulamento da CIDH, que assim dispõe:

Artigo 25. Medidas cautelares

1. Com fundamento nos artigos 106 da Carta da Organização dos Estados Americanos, 41.b da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 18.b do Estatuto da Comissão e XIII da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, a Comissão poderá, por iniciativa própria ou a pedido de parte, solicitar que um Estado adote medidas cautelares. Essas medidas, tenham elas ou não conexão com uma petição ou caso, deverão estar relacionadas a situações de gravidade e urgência que apresentem risco de dano irreparável às pessoas ou ao objeto de uma petição ou caso pendente nos órgãos do Sistema Interamericano.

2. Nas tomadas de decisão a que se refere o § 1º, a Comissão considerará que:

3. “gravidade da situação” significa o sério impacto que uma ação ou omissão pode ter sobre um direito protegido ou sobre o efeito eventual de uma decisão pendente em um caso ou petição nos órgãos do Sistema Interamericano;

4. a “urgência da situação” é determinada pelas informações que indicam que o risco ou a ameaça são iminentes e podem materializar-se, requerendo dessa maneira ação preventiva ou tutelar; e

5. “dano irreparável” significa os efeitos sobre direitos que, por sua natureza, não são suscetíveis de reparação, restauração ou indenização adequada (...)

Os critérios para análise de cautelar serão os relatados acima, basicamente os requisitos do *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, ou o perigo na demora em dar a decisão cautelar e a fumaça do bom direito.

Não há estes requisitos, *smj*, mas controvérsia a ser resolvida no direito brasileiro, reiteramos.

No caso da boate Kiss, os réus foram julgados por seus pares do povo, presentes no Tribunal do Júri, sendo certo que a Constituição brasileira garante a efetividade das decisões do Júri no art. 5º com a seguinte redação:

XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.


Por mais que haja um aparente confronto com o garantismo presente em nossos tempos, não há como confundi-lo com a sobreposição dos direitos dos réus em face dos direitos dos ofendidos, ou que haja a prevalência absoluta dos primeiros sobre os segundos.

E mais, direito ao recurso não se confunde com duplo grau de jurisdição. O julgamento foi realizado no mais estrito cumprimento da Lei. Reside apenas controvérsia sobre execução da pena.

Ademais, há o princípio da soberania dos veredictos. Nesse sentido, os únicos Juízes para o caso foram os jurados que esgotaram toda a matéria em conformidade com t. art. 5º, inciso XXXVIII, “c” e “d” da Constituição.

Nos crimes dolosos contra à vida os jurados serão os juízes finais, e a efetividade da decisão, deve, em último caso, ser dirigida à sociedade.

De qualquer forma, essas poucas linhas acima não são o objeto desta análise, tão somente pontuar que o conflito de direitos fundamentais de todos os envolvidos no caso, somado à controvérsia que a cassação do *habeas corpus* dos réus produz, não serão suficientes para que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tome conhecimento do caso.

Somos da opinião que não se equipará este caso a outros processos como o de Maria da Penha ou do Carandiru na CIDH, nos quais houve a determinação de reparações a serem realizadas pelo Estado brasileiro. 



CÁSSIO FAEDDO é Advogado. Mestre em Direitos Fundamentais. Especialista em Ciências Políticas. USCS. MBA em Relações Internacionais. FGV/SP.

Indenização Integral para Armas em Caso de Procedência das ADIs 6.675, 6.677 e 6.676

■ POR CÉSAR ANTÔNIO TUOTO SILVEIRA MELLO

“Urge, portanto, que o legislativo se debruce sobre a questão apresentando solução legal para as milhares de armas compradas seguindo de forma estrita a legislação, o que se dá hoje, de forma mais madura, pela votação do PL 3723.”

DIREITO DE PROPRIEDADE DE ARMAS NO BRASIL

“ Quando se fala em armas, o Direito pula pela janela.”
O Presente artigo deve ser lido com o devido cuidado, tendo o operador do Direito sempre em sua mente a frase acima.

Isto porque, conceitos jurídicos básicos e institutos jurídicos que pré-datam inclusive o próprio direito brasileiro quando aplicados à situação envolvendo armamentos, muitas vezes têm seu conteúdo normativo substituído por simples



ideologia, o que dificulta sobremaneira o trabalho dos operadores do direito que confrontam a ideologia desarmamentista.

Dito isso, temos que no Brasil se operou com a entrada em vigor da Lei nº 10.826/2003, a qual se apelidou de “estatuto do desarmamento” (ao contrário de outros atos normativos, o nome “estatuto do desarmamento” não se encontra no texto da lei, nem em sua exposição de motivos, sendo o referido apelido adicionado às publicações da legislação de modo a lhe atribuir sentido não contido no texto) a alteração das condições de registro de armas que antes era caracterizado como licença, e portanto definitivo, para autorização, ato considerado precário, sujeito a constante renovação.

Tal alteração de paradigma normativo foi objeto de análise por parte do Supremo Tribunal Federal que através da ADI 3112, fixou entendimento, utilizando-se de artifícios retóricos, como por exemplo a importação de conceitos exógenos ao direito brasileiro, e utilizando como referência jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha (em evidente demonstração da veracidade da frase contida na abertura deste artigo), no sentido de que não há direito adquirido à posse de armas no Brasil.

Ocorre que a eventual perda do direito à posse não afasta totalmente o direito à propriedade, em razão de que o cidadão que perde o direito à posse deve ser indenizado em valor prefixado em lei pela perda da propriedade, nos termos dos arts. 31 e 32 da Lei nº 10.826, repita-se, maliciosamente apelidada de Estatuto do Desarmamento.

O que justifica a desconsideração do valor real do armamento “indenizado” é o fato de que ao cidadão é concedido prazo na lei para que este atenda aos seus requisitos, ou, em não podendo, ou não querendo, transfira tal armamento a terceiro que tenha possibilidade ou interesse de recebê-lo.

Temos, portanto, uma situação que se aproxima da justiça uma vez que ao cidadão é viabilizada a liquidação por valor real do bem, sendo a indenização por valor simbólico decorrente de sua “desídia” quer em renovar o seu registro quer em viabilizar a negociação de sua venda a terceiro.

Isto significa dizer que mesmo em havendo restrição à posse através de lei, tal restrição não esvazia completa e imediatamente o direito de propriedade da arma de fogo, direito este sobre o qual não se debruçou o STF na ADI 3112.

De fato, o direito à propriedade sobre armas de fogo foi recentemente reafirmado por jurisprudência¹ do STJ que entendeu ser a arma de fogo bem penhorável, operando se a penhora pelo valor de mercado do bem, havendo apenas restrição para a transferência deste, devendo o adquirente preencher as condições da lei para obter a posse.

Assim, na legislação brasileira temos reconhecido o direito à propriedade sobre arma de fogo, sendo, porém, um direito mitigado por restrições laterais à sua posse que podem levar a necessidade involuntária de liquidação do bem.

O FATO DO PRÍNCIPE

O fato do príncipe constitui instituto jurídico que antecede até mesmo ao direito brasileiro e representa em apertada síntese ato de Império da

administração (Lato sensu) que de forma indireta afeta de maneira relevante negócios jurídicos de terceiros.

Tal instituto está positivado na legislação brasileira especialmente na lei de licitações, onde é aplicado como causa justificadora de renegociação contratual entre o particular e a administração, com vistas a restaurar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

O exemplo mais comum de fato do príncipe constitui na alteração de alíquotas de impostos que acabam por, de forma indireta, afetar o custo do cumprimento contratual sendo válida a sua aplicação mesmo quando a administração responsável pela alteração de alíquota não é a mesma com a qual o particular possui relação contratual.

Hely Lopes Meirelles² aponta a definição de fato do príncipe, bem como as consequências de sua ocorrência:

“Fato do príncipe é toda determinação estatal, positiva ou negativa, geral, imprevista e imprevisível, que onera substancialmente a execução do contrato administrativo. Essa oneração, constituindo uma álea administrativa extraordinária e extracontratual, desde que intolerável e impeditiva da execução do ajuste, obriga o Poder Público contratante a compensar integralmente os prejuízos suportados pela outra parte, a fim de possibilitar o prosseguimento da execução, e, se esta for impossível, rende ensejo à rescisão do contrato, com as indenizações cabíveis.

O fundamento da teoria do fato do príncipe é o mesmo que justifica a indenização do expropriado por utilidade pública ou interesse social, isto é, a Administração não pode causar danos ou prejuízos aos administrados, e muito menos a seus contratados, ainda que em benefício da coletividade.

Quando isso ocorre, surge a obrigação de indenizar. O fato do príncipe, caracterizado por um ato geral do Poder Público, tal como a proibição de importar determinado produto, só reflexamente desequilibra a economia do contrato ou impede sua plena execução. Por isso não se confunde com o fato da Administração, que incide direta e especificamente sobre o contrato [...]”

Assim como se vê o instituto jurídico do fato do príncipe apesar de positivado no direito brasileiro para situação específica, trata-se de conceito mais amplo, apto a descrever fenômeno jurídico o qual, caso venha a se confirmar os julgamentos da ADIs 6.675, 6.677 e 6.676, que pretende tornar ilegal os decretos presidenciais que permitiram a aquisição de armas em calibres antes considerados restritos, terá se consumado.

Tal consumação do fato do príncipe afetará de forma imediata centenas de milhares, quiçá milhões de proprietários de armamentos que de forma retroativa terão seu direito à propriedade completamente esvaziado por ato unilateral do poder público, dada a existência de prazo para regularização e à inviabilização de transferência a terceiro, operando se verdadeira desapropriação indireta dos referidos armamentos.

A DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

A desapropriação indireta também é conceito jurídico reconhecido no direito brasileiro, que se constitui de situação na qual a Administração acaba por restringir de forma tão agressiva a possibilidade de uso e gozo do bem, que se considera ter havido objeção a própria propriedade em si.

Marcelo Alexandrino³ apresenta clara definição do instituto, apontando que este se opera tanto quando o poder público efetivamente se apropria totalmente de um bem, quando lhe aplica tantas restrições de uso e gozo que acaba por esvaziar completamente o conteúdo econômico da propriedade:

“Desapropriação indireta é o fato administrativo por meio do qual o Estado se apropria de bem particular, sem observância dos requisitos da declaração e da indenização prévia.

Na desapropriação indireta, repudiada pela doutrina, o Estado apropria-se de um bem particular sem o devido processo legal: não declara o bem como de interesse público e não paga a justa e prévia indenização.

[...]

É também reconhecida pela jurisprudência a ocorrência de desapropriação indireta nas situações em que o Poder Público impõe a determinado bem particulares restrições tão extensas que resulta inteiramente esvaziado o conteúdo econômico da propriedade. A Prof. Maria Sylvia explica essa hipótese (destaques no original):

“Às vezes, a Administração não se apossa diretamente do bem, mas lhe impõe limitações ou servidões que impedem totalmente o proprietário de exercer sobre o imóvel os poderes inerentes ao domínio; neste caso, também se caracterizará a desapropriação indireta, já que as limitações e servidões somente podem, licitamente, afetar em parte o direito de propriedade.”

Em suma, para restar configurada a desapropriação indireta, impõe-se que sejam preenchidos os seguintes requisitos: (a) que o bem tenha sido incorporado ao patrimônio do Poder Público, ou que determinada limitação imposta por este ao uso do bem resulte no completo esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade; e (b) que a situação fática seja irreversível.”

Importante apontar que no caso de desapropriação, quer direta, quer indireta, é garantia constitucional a indenização integral do valor do bem, sendo incabível indenizações simbólicas de qualquer tipo, nos termos do seu art. 5º, XXIV.

No presente caso a ocorrência de o fato do príncipe, representado pela imediata e retroativa limitação da posse de qualquer armamento de calibre anteriormente considerado como restrito representa efetiva desapropriação indireta em razão de que, apesar de não retirar expressamente a propriedade sobre o armamento, torna impossível a manutenção da sua posse, havendo ainda a impossibilidade fática de transferência do referido bem a terceiros.

Tal impossibilidade fática se constitui no fato de que em se tornando o armamento de calibre restrito, simplesmente não haverá a quem transferir

a propriedade uma vez que conforme já citado é requisito para transferência que o comprador reúna as condições da lei.

Ademais há outro fator de extrema relevância que diferencia esta situação das alterações legislativas anteriores, quer seja o prazo concedido ao cidadão para solucionar a ausência de cumprimento dos requisitos legais.

Historicamente, quando há perda dos requisitos da posse, em maior ou menor grau o cidadão contribui com a situação de descumprimento dos requisitos legais para a sua manutenção.

Ou este perde condições objetivas da posse (perdendo a idoneidade por exemplo), ou por desídia não realiza a renovação de seu registro a tempo, sendo, portanto, contribuidor para a situação em que a única alternativa é o recebimento da diminuta indenização pré-fixada pelo Estado.

Porém no caso de perda das condições para a manutenção da posse em decorrência de fato do príncipe, o cidadão não contribuiu de qualquer maneira para tal perda, não havendo ato comissivo ou omissivo de sua parte que tenha contribuído de qualquer forma para a revogação de sua posse.

Trata-se de efeito colateral de ato unilateral e imprevisível por parte da administração (em sentido lato), que esvazia completamente o conteúdo econômico da propriedade do cidadão que se submeteu integralmente aos requisitos legais, seguindo ordenamento jurídico que possuía presunção de legitimidade, o qual inclusive passou pelo crivo do legislativo antes de ter sua validade questionada pelo judiciário, recentemente alçado à categoria de “poder moderador”.

A CONSEQUÊNCIA DA INDENIZAÇÃO INTEGRAL

Como se verifica, em caso de o Supremo Tribunal Federal decidir pela procedência das ADIs, lançando na ilegalidade grande universo de armamentos em posse dos particulares, estaremos diante da ocorrência de desapropriação indireta dos referidos bens, sendo necessário que o estado os indenize de forma integral.

Note-se que mesmo que se conceda prazo para a transferência dos armamentos na decisão que torne determinados calibres como restritos, ainda assim opera-se a desapropriação indireta, pois findo o prazo não haverá nenhum ente apto a permanecer com os armamentos destes calibres a não ser o próprio Estado, ou seus agentes.

Portanto eventual concessão de prazo, por apenas adiar o efeito final de transferência de tais armamentos ao Estado importa ao fim e ao cabo na ocorrência de desapropriação indireta que demanda a indenização integral dos armamentos.

Tal situação tem o potencial de gerar um passivo bilionário ao Estado, uma vez que temos na atualidade cerca de 600 mil CACs (Colecionadores Atirados e Caçadores), os quais em sua maioria possuem mais de um armamento em calibres antes considerados restritos, especialmente o 9mm.

Isto porque quando foi alterada a classificação de calibres restritos, os armamentos disponíveis para o cidadão no mercado nacional, especialmente no

anêmico calibre 380, possuíam valores de venda muito superiores ao armamento de maior sucesso da fabricante nacional Taurus, quer seja o modelo G2C 9mm.


Para fins de comparação o modelo mais barato em calibre 380 era comercializado a época pelo valor médio de R\$ 4.500,00 enquanto o modelo G2C em 9mm era comercializado pelo valor médio de R\$ 2.500,00 podendo ser encontrado por até R\$ 2.100,00 em algumas ocasiões.

Isso significa que a partir de 2019 não havia nenhum motivo para aquisição de armamentos nos calibres 380 e 38, considerados permitidos pela legislação anterior, migrando os interessados para os calibres 9mm e 357 Magnum (que pode também disparar o calibre 38).

Ciente disso, podemos estabelecer que em média cada proprietário de armamento no Brasil possui cerca de 2 armas em calibre restrito (lembrando que os CACs – Caçadores, Colecionadores e Atiradores, por participarem de modalidades esportivas, em geral possuem acervos com mais de 3 armas), e considerando que atualmente a popular G2C está custando em média R\$ 4.500,00 teríamos um custo médio indenizatório de R\$ 7.000,00 por cidadão que terá sua propriedade esvaziada.

Assim as estimativas mais comedidas, falam em cerca de 400.000 novas armas registradas no SINARM, e cerca de 500.000 novos CACs, (cujos acervos não possuem informações oficiais divulgadas, sendo, porém possível presumir que possuam mais de uma arma cada) num total de cerca de 1.400.000 novas armas em calibres antes restritos registradas em mãos de particulares.⁴

Portanto não foge muito à realidade uma estimativa de potencial indenizatório de ao menos 1.400.000 armas, cuja indenização média girará em torno de R\$ 4.500,00 cada, resultando numa indenização bruta, sem considerar custas processuais e o custo próprio do impacto das milhares de ações que inundarão o judiciário, em torno de 6,3 bilhões de reais em indenizações.

Urge, portanto, que o legislativo se debruce sobre a questão apresentando solução legal para as milhares de armas compradas seguindo de forma estrita a legislação, o que se dá hoje, de forma mais madura, pela votação do PL 3723, que já foi aprovado na Câmara dos Deputados e encontra-se hoje pronto para votação na Comissão de Constituição e Justiça do Senado. 

NOTAS

- 1 <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/25082020-Segunda-Turma-decide-que-arma-de-fogo-pode-ser-penhorada-em-execucao-fiscal.aspx>.
- 2 Direito Administrativo Brasileiro. 42. ed., Malheiros, São Paulo, 2016.
- 3 Direito Administrativo Descomplicado – Marcelo Alexandrino, Vicente de Paulo. 24. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016.
- 4 <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-07-15/brasil-duplica-o-numero-de-armas-de-fogo-nas-maos-da-populacao-em-tres-anos.html>.



CÉSAR ANTÔNIO TUOTO SILVEIRA MELLO é Advogado Especialista em Direito Público.



A Nova Regulamentação das Operações de Arrendamento Mercantil no Brasil

■ POR WALTER STUBER

“A atual sistemática contábil requer que as instituições arrendadoras mantenham o bem em seu ativo imobilizado, com diversos ajustes em contas patrimoniais e de resultado, de modo que nos demonstrativos contábeis sejam apresentados o valor presente da carteira de arrendamento e o resultado financeiro, de forma aproximada ao tratamento que seria dado a uma operação de crédito.”

Dentre suas atribuições e competências, o Conselho Monetário Nacional (CMN)¹, que é o órgão deliberativo máximo do Sistema Financeiro Nacional (SFN), tem a responsabilidade de disciplinar as operações de arrendamento mercantil (internacionalmente conhecidas como *leasing*), que são privativas de sociedades de arrendamen-

to mercantil, bancos múltiplos com carteira de arrendamento mercantil e, no caso das operações de *sale and lease back* (que serão definidas mais adiante), também das realizadas por: (i) bancos múltiplos com carteira de investimento, de desenvolvimento ou de crédito imobiliário; (ii) bancos de investimento; (iii) bancos de desenvolvimento; (iv) caixas econômicas; e (v) sociedades de crédito imobiliário.

As operações de leasing têm um tratamento tributário diferenciado, que foi estabelecido pela Lei nº 6.099, de 12 de setembro de 1974 (Lei nº 6.099/1974).

Na sessão realizada em 16 de dezembro de 2021, o CMN aprovou e publicou três Resoluções sobre este tema, que atualizam e consolidam as regras aplicáveis às operações de leasing², a saber: (i) Resolução CMN nº 4.975 (Res. 4.975/2021), que dispõe sobre os critérios contábeis aplicáveis às operações de arrendamento mercantil pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil (Bacen); (ii) Resolução CMN nº 4.976 (Res. 4.976/2021), que Dispõe sobre a organização e o funcionamento das sociedades de arrendamento mercantil; e (iii) Resolução CMN nº 4.977 (Res. 4.977/2021), que disciplina as operações de arrendamento mercantil com o tratamento tributário previsto na Lei nº 6.099/1974³.

Esse artigo tem por finalidade analisar essas regras, à luz do tratamento tributário regido pela Lei 6.099/1974, e utilizará indistintamente as expressões “arrendamento mercantil” e “leasing”, que aqui terão o mesmo significado.

TRATAMENTO TRIBUTÁRIO

Antes de examinarmos as normas das Resoluções expedidas pelo CMN, abordaremos as disposições relativas ao tratamento tributário previsto na Lei nº 6.099/1974, para as operações de leasing.

Considera-se arrendamento mercantil, para os efeitos da Lei nº 6.099/1974, o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio da arrendatária.

Não terá o tratamento previsto na Lei nº 6.099/1974 o arrendamento de bens contratado entre pessoas jurídicas direta ou indiretamente coligadas ou interdependentes, assim como o contratado com o próprio fabricante. Essa lei estabelece que o CMN especificará em regulamento os casos de coligação e interdependência. Somente farão jus a esse tratamento tributário as operações realizadas ou por empresas arrendadoras que fizerem dessa operação o objeto principal de sua atividade ou que centralizarem tais operações em um departamento especializado com escrituração própria.

Os bens destinados a arrendamento mercantil serão escriturados em conta especial do ativo imobilizado da arrendadora.

A pessoa jurídica arrendadora manterá registro individualizado que permita a verificação do fator determinante da receita e do tempo efetivo de arrendamento.

Nos termos da Lei nº 6.099/1974, os contratos de leasing conterão as seguintes disposições: (a) prazo do contrato; (b) valor de cada contraprestação por períodos determinados, não superior a um semestre; (c) opção de compra ou renovação de contrato, como faculdade do arrendatário; e (d) preço para opção de compra ou critério para sua fixação, quando for estipulada esta cláusula. O CMN poderá, nas operações que venha a definir, estabelecer que as contraprestações sejam estipuladas por períodos superiores aos previstos no item (b) deste parágrafo.

Essa lei também determina que o CMN poderá estabelecer índices máximos para a soma das contraprestações, acrescida do preço para exercício da opção de compra nas operações de arrendamento mercantil. Ficam sujeitas a essa regra as prorrogações do leasing. Esses índices serão fixados: considerando o custo do leasing em relação ao do funcionamento da compra e venda.

Todas as operações de leasing subordinam-se ao controle e fiscalização do Bacen, segundo normas estabelecidas pelo CMN, a elas se aplicando, no que couber, as disposições da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o CMN e dá outras providências, e legislação posterior relativa ao SFN.

A Lei nº 6.099/1974 enfatiza que o CMN poderá baixar resolução disciplinando as condições segundo as quais as instituições financeiras poderão financiar suas controladas, coligadas ou interdependentes que se especializarem em operações de leasing, e também estipula que a aquisição de debêntures emitidas por sociedades de arrendamento mercantil em mercado primário ou secundário constitui obrigação de natureza cambiária, não caracterizando operação de empréstimo ou adiantamento.

As operações de leasing contratadas com o próprio vendedor do bem ou com pessoas jurídicas a ele vinculadas, mediante quaisquer das relações de coligação ou interdependência ou como próprio fabricante, poderão também ser realizadas por instituições financeiras expressamente autorizadas pelo CMN, que estabelecerá as condições para a realização dessas operações. Nos casos aqui previstos, o prejuízo decorrente da venda do bem não será dedutível na determinação do lucro real.

Somente poderão ser objeto de leasing os bens de produção estrangeira que forem enumerados pelo CMN, que poderá, também, estabelecer condições para seu arrendamento a empresas cujo controle acionário pertencer a pessoas residentes no exterior.

Serão consideradas como custo ou despesa operacional da pessoa jurídica arrendatária as contraprestações pagas ou creditadas por força do contrato de leasing. A aquisição pelo arrendatário de bens arrendados em desacordo com as disposições da Lei nº 6.099/1974, será considerada operação de compra e venda a prestação. O preço de compra e venda será o total das contraprestações pagas durante a vigência do arrendamento, acrescido da parcela paga a título de preço de aquisição. Nessa hipótese, as importâncias já deduzidas, como custo ou despesa operacional pela adquirente, crescerão ao lucro tributável pelo imposto de renda, no exercício correspondente à respectiva dedução. O imposto não recolhido será devido com acréscimo de juros e correção monetária, multa e demais penalidades legais.

Serão admitidas como custos das pessoas jurídicas arrendadoras as cotas de depreciação do preço de aquisição de bem arrendado, calculadas de acordo com a vida útil do bem. Entende-se por vida útil do bem o prazo durante o qual se possa esperar a sua efetiva utilização econômica. A Secretaria da Receita Federal (SRF) publicará periodicamente o prazo de vida útil admissível, em condições normais, para cada espécie de bem. Enquanto não forem publicados os prazos de vida útil, a sua determinação se fará segundo as normas previstas pela legislação do imposto de renda para fixação da taxa de depreciação.

Nos casos de operações de vendas de bens que tenham sido objeto de leasing, o saldo não depreciado será admitido como custo para efeito de apuração do lucro tributável pelo imposto de renda.

Não será dedutível, para fins de apuração do lucro tributável pelo imposto de renda, a diferença a menor entre o valor contábil residual do bem arrendado e o seu preço de venda, quando do exercício da opção de compra.

Para os fins da Lei nº 6.099/1974, custo de aquisição é o preço pago pelo arrendatário ao arrendador pelo exercício da opção de compra.

Os contratos de leasing celebrados com entidades domiciliadas no exterior serão submetidos a registro no Bacen. O CMN estabelecerá as normas para a concessão desse, observando as seguintes condições: (a) razoabilidade da contraprestação e de sua composição; (b) critérios para fixação do prazo de vida útil do bem; (c) compatibilidade do prazo de arrendamento do bem com a sua vida útil; (d) relação entre o preço internacional do bem o custo total do arrendamento; (e) cláusula de opção de compra ou renovação do contrato; e (f) outras cautelas ditadas pela política econômico-financeira nacional.

Mediante prévia autorização do Bacen, segundo normas para este fim expedidas pelo CMN, os bens objeto das operações de leasing celebrados com entidades domiciliadas no exterior poderão ser arrendados a sociedades arrendadoras domiciliadas no País, para o fim de subarrendamento. As normas aplicáveis aos contratos de arrendamento mercantil celebrados com entidades domiciliadas no exterior também regerão o subarrendamento. No subarrendamento poderá haver vínculo de coligação ou de interdependência entre a entidade domiciliada no exterior e a sociedade arrendatária subarrendadora, domiciliada no País. O CMN poderá autorizar o registro de contratos sem cláusula de opção de compra bem como fixar prazos mínimos para as operações de subarrendamento, mediante as condições que vier a estabelecer.

A entrada no território nacional dos bens objeto de arrendamento mercantil, contratado com entidades arrendadoras domiciliadas no exterior, não se confunde com o regime de admissão temporária de que trata o Decreto-lei nº 37, de 18 de novembro de 1966, que dispõe sobre o Imposto de Importação, e se sujeitará a todas as normas legais que regem a importação.

A base de cálculo, para efeito do imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), do fato gerador que ocorrer por ocasião da remessa de bens importados ao estabelecimento da empresa arrendatária, corresponderá ao preço atacado desse bem na praça em que a empresa arrendadora estiver domiciliada. Nas hipóteses em que o preço dos bens importados para o fim de arrendamento for igual ou superior ao que seria pago pelo arrendatário se os importasse

diretamente, a base de cálculo do imposto será o valor que servir de base para o recolhimento do IPI, por ocasião do desembaraço alfandegário desses bens.

Equipara-se à exportação a compra e venda de bens no mercado interno, para o fim específico de arrendamento pelo comprador e arrendatário domiciliado no exterior. São assegurados ao vendedor desses bens todos os benefícios fiscais concedidos por lei para incentivo à exportação, observadas as condições de qualidade da pessoa do vendedor e outras exigidas para os casos de exportação direta ou indireta. Os referidos benefícios fiscais serão concedidos sobre o equivalente em moeda nacional de garantia irrevogável do pagamento das contraprestações do arrendamento contratado, limitada a base de cálculo ao preço da compra e venda. A equivalência em moeda nacional será determinada pela maior taxa de câmbio do dia da utilização dos benefícios fiscais, quando o pagamento das contraprestações do arrendamento contratado for efetivado em moeda estrangeira de livre conversibilidade.

O Ministro da Economia poderá estender aos arrendatários de máquinas, aparelhos e equipamentos de produção nacional, objeto de arrendamento mercantil, os benefícios de que trata o Decreto-lei nº 1.136, de 7 de dezembro de 1970, que altera a legislação pertinente ao IPI.

O CMN fica autorizado a: (a) expedir normas que visem a estabelecer mecanismos reguladores das atividades previstas na Lei nº 6.099/1974, inclusive excluir modalidades de operações do tratamento tributário e limitar ou proibir sua prática por determinadas categorias de pessoas físicas ou jurídicas; e (b) enumerar restritivamente os bens que não poderão ser objeto de arrendamento mercantil, tendo em vista a política econômico-financeira do País.

A cessão do contrato de leasing a entidade domiciliada no exterior reger-se-á pelo disposto na Lei nº 6.099/1974 e dependerá de prévia autorização do Bacen, conforme normas expedidas pelo CMN. Os direitos de crédito relativos às contraprestações devidas poderão ser transferidos, exclusiva e independentemente da cessão do contrato, observadas as normas expedidas pelo CMN.

SOCIEDADES DE ARRENDAMENTO MERCANTIL

A Resolução nº 4.976/2021, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2022, dispõe sobre a organização e o funcionamento das sociedades de arrendamento mercantil. O funcionamento das pessoas jurídicas que tenham como objeto principal de sua atividade a prática de operações de arrendamento mercantil, denominadas sociedades de arrendamento mercantil, depende de autorização do Bacen, na forma da regulamentação específica. Aplicam-se às sociedades de arrendamento mercantil, no que couber, as mesmas condições estabelecidas para o funcionamento de instituições financeiras pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964 (Lei nº 4.595/19640, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o CMN e dá outras providências, e pela legislação posterior relativa ao SFN.

As sociedades de arrendamento mercantil devem: (i) ser constituídas como sociedades anônimas, constando obrigatoriamente em sua denominação social a expressão “Arrendamento Mercantil”⁴; (ii) observar permanentemente

limites mínimos de capital realizado e de patrimônio líquido de R\$ 7 milhões; e (iii) manter: (a) diretor responsável pela área de arrendamento mercantil e informar seu nome ao Bacen; e (b) departamento técnico especializado em arrendamento mercantil devidamente estruturado e supervisionado diretamente por esse diretor.

É vedada às sociedades de arrendamento mercantil a celebração de contratos de mútuo com pessoas naturais e jurídicas não financeiras.

As disponibilidades das sociedades de arrendamento mercantil, quando não mantidas em espécie, podem ser livremente aplicadas no mercado, observados os limites e demais normas regulamentares pertinentes a cada espécie de aplicação financeira.

Além de recursos próprios, as sociedades de arrendamento mercantil podem empregar em suas atividades, os provenientes de: (i) recursos captados no exterior; (ii) empréstimos e financiamentos de instituições financeiras nacionais, inclusive na forma de repasses de recursos externos; (iii) instituições financeiras oficiais, destinados a repasses de programas específicos; (iv) emissão de Letra de Arrendamento Mercantil (LAM), nos termos da regulamentação específica; (v) emissão pública ou privada de debêntures; (vi) emissão de notas promissórias destinadas a oferta pública; (vii) cessão de contratos de arrendamento mercantil, bem como dos direitos creditórios deles decorrentes; (viii) depósitos interfinanceiros, nos termos da regulamentação específica; e (ix) outras formas de captação de recursos autorizadas pelo Bacen.

A LAM é um título de crédito criado pela Lei nº 11.882, de 23 de dezembro de 2008, para possibilitar que as sociedades de arrendamento mercantil tenham um instrumento de captação à sua disposição. Embora o título seja de emissão exclusiva destas sociedades, sua negociação no mercado secundário é permitida, o que possibilita ao investidor encontrar estes títulos disponíveis para aplicação também em plataformas de distribuidores. A forma de remuneração não difere de outros instrumentos de renda fixa mais conhecidos, podendo ser atrelada, por exemplo, à taxa prefixada, flutuante em DI⁵ ou Taxa Selic⁶. Porém, o investidor deve ficar atento já que o título não possui cobertura do Fundo Garantidor de Créditos (FGC), como um Certificado de Depósito Bancário (CDB), Letra de Crédito do Agronegócio (LCA) ou Letra de Crédito Imobiliário (LCI)⁷. A emissão da LAM se dá exclusivamente sob a forma escritural, mediante o registro em sistema de registro e liquidação financeira de ativos autorizada pelo Bacen, com a transferência de titularidade também ocorrendo por meio do referido sistema. Desta forma, a Bolsa Brasileira, que é B3 S.A – Brasil, Bolsa Balcão (B3). é a entidade que viabiliza tais emissões, possuindo total visibilidade do montante em circulação e das negociações em mercado secundário.

A captação de recursos no exterior de que trata o item (i) do parágrafo anterior, quando realizada por meio de empréstimo, somente poderá ter as seguintes finalidades: (i) obtenção de recursos para aquisição de bens para fins de arrendamento; (ii) aquisição de direitos creditórios decorrentes de contratos de arrendamento mercantil que contenham cláusula de variação cambial; e (iii) aquisição de contratos de arrendamento mercantil que contenham cláusula de variação cambial.

As sociedades de arrendamento mercantil podem obter empréstimos, financiamentos, repasses de recursos e garantias de instituições financeiras coligadas ou interdependentes, observado que os encargos correspondentes devem ser os normalmente cobrados em operações da espécie realizadas com terceiros.

Para fins do disposto na Resolução 4.976/2021, coligada é a entidade sobre a qual a instituição tenha influência significativa, conforme definido na regulamentação específica sobre mensuração e reconhecimento contábeis de investimentos em coligadas, controladas e controladas em conjunto mantidos por instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Bacen. E interdependente é a pessoa, natural ou jurídica, que é parte relacionada da instituição, conforme definido na regulamentação específica que dispõe sobre as condições e os limites para a realização de operações de crédito com partes relacionadas por instituições financeiras e por sociedades de arrendamento mercantil, para fins do disposto no art. 34 da Lei nº 4.595/1964⁸.

Nos termos do art. 34 da Lei nº 4.595/1964, é vedado às instituições financeiras realizar operação de crédito com a parte relacionada. Considera-se parte relacionada à instituição financeira, para efeitos desse art. 34: (i) seus controladores, pessoas físicas ou jurídicas, nos termos do art. 116 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei nº 6.404/1976)⁹, que dispõe sobre as sociedades por ações; (ii) seus diretores e membros de órgãos estatutários ou contratuais; (iii) o cônjuge, o companheiro e os parentes, consanguíneos ou afins, até o segundo grau, das pessoas mencionadas nos itens (i) e (ii) deste parágrafo; (iv) as pessoas físicas com participação societária qualificada em seu capital; e (v) as pessoas jurídicas: (a) com participação qualificada em seu capital; (b) em cujo capital, direta ou indiretamente, haja participação societária qualificada; (c) nas quais haja controle operacional efetivo ou preponderância nas deliberações, independentemente da participação societária; e (d) que possuem diretor ou membro de conselho de administração em comum.

Excetuam-se da vedação prevista no parágrafo anterior, respeitados os limites e as condições estabelecidos em regulamentação: (i) as operações realizadas em condições compatíveis com as de mercado, inclusive quanto a limites, taxas de juros, carência, prazos, garantias requeridas e critérios para classificação de risco para fins de constituição de provisão para perdas prováveis e baixa como prejuízo, sem benefícios adicionais ou diferenciados comparativamente às operações deferidas aos demais clientes de mesmo perfil das respectivas instituições; (ii) as operações com empresas controladas pela União, no caso das instituições financeiras públicas federais; (iii) as operações de crédito que tenham como contraparte instituição financeira integrante do mesmo conglomerado prudencial, desde que contenham cláusula contratual de subordinação¹⁰; (iv) os depósitos interfinanceiros¹¹; (v) as obrigações assumidas entre partes relacionadas em decorrência de responsabilidade imposta a membros de compensação e demais participantes de câmaras ou prestadores de serviços de compensação e de liquidação autorizados pelo Bacen ou pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e suas respectivas contrapartes em operações conduzidas no âmbito das referidas câmaras ou prestadores de

serviços; e (v) os demais casos autorizados pelo CMN. Considera-se também realizada com parte relacionada qualquer operação que caracterize negócio indireto, simulado ou mediante interposição de terceiro, com o fim de realizar operação vedada nos termos do art. 34 da Lei nº 4.595/1964.

As sociedades de arrendamento mercantil podem oferecer, em garantia de empréstimos contraídos nos mercados interno ou externo, a caução de direitos creditórios de contratos de *leasing*.

OPERAÇÕES DE *LEASING*

Conforme o que já foi aqui exposto, a Resolução nº 4.977/2021 disciplina as operações de *leasing* com o tratamento tributário previsto na Lei nº 6.099/1974. Essa Resolução também entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 2022. As operações de *leasing* são privativas das sociedades de arrendamento mercantil e demais instituições listadas no primeiro parágrafo da Introdução deste artigo. É vedada a contratação de operações de *leasing* por essas instituições com: (i) as suas coligadas ou interdependentes; e (ii) o próprio fabricante do bem arrendado.

Também já mencionamos que para realizar operações de *leasing* e de *sale and lease back*, os bancos múltiplos com carteira de arrendamento mercantil devem manter: (i) diretor responsável pela área de arrendamento mercantil e informar seu nome ao Bacen; e (ii) departamento técnico especializado em arrendamento mercantil, devidamente estruturado e supervisionado diretamente por esse diretor mencionado.

São operações de *sale and lease back* as operações de arrendamento mercantil em que a arrendatária é o próprio vendedor do bem ou pessoa a ele coligada ou interdependente e somente podem ser contratadas: (i) na modalidade de *leasing* financeiro, nas condições fixadas na Resolução 4.977/2021; e (ii) com pessoas jurídicas na condição de arrendatárias.

Quanto às modalidades de arrendamento mercantil, as operações são classificadas em *leasing* operacional e *leasing* financeiro. Essa classificação deve ser realizada na data da contratação e revista: (i) no momento do exercício da opção de renovação que, no início do contrato, não seja considerada razoavelmente certa; e (ii) no caso de alteração contratual. Nas situações mencionadas nos itens (i) e (ii), deve ser considerado: (a) o custo do bem na data do exercício da opção de renovação ou da alteração contratual; e (b) o prazo efetivo remanescente do arrendamento mercantil, o valor presente das contraprestações remanescentes e a vida útil econômica do bem, todos a partir da data do exercício da opção de renovação ou da alteração contratual.

Leasing operacional é a modalidade de arrendamento em que: (a) as contraprestações a serem pagas pela arrendatária contemplam o custo de arrendamento do bem e os serviços inerentes à sua colocação à disposição da arrendatária, não podendo o valor presente dos pagamentos ultrapassar 90% do custo do bem arrendado; (b) o prazo efetivo do *leasing* seja inferior a 75% do prazo de vida útil econômica do bem arrendado; (c) o preço para o exercício da opção de compra seja o valor de mercado do bem arrendado; (d) o contrato

não preveja pagamento de valor residual garantido; (e) o bem arrendado seja suficientemente genérico, de modo a possibilitar seu arrendamento subsequente a outra arrendatária sem modificações significativas; e (f) as perdas decorrentes do cancelamento do contrato após o período de cancelamento improvável não sejam suportadas substancialmente pela arrendatária. Para fins da definição de leasing operacional, podem ser de responsabilidade da arrendadora ou da arrendatária a manutenção, a assistência técnica e os serviços correlatos à operacionalidade do bem arrendado.

Leasing financeiro é a modalidade de arrendamento que não for classificada como arrendamento mercantil operacional.

Além das modalidades de leasing, a Resolução nº 4.977/2021, também contém as definições de “período de cancelamento improvável”, “prazo efetivo do arrendamento mercantil” e “vida útil econômica”, que são reproduzidos a seguir.

Período de cancelamento improvável é o período mínimo do contrato durante o qual a arrendatária possui a opção de rescindir o arrendamento mercantil somente: (a) nas hipóteses previstas na legislação; (b) com a permissão da arrendadora; ou (c) mediante o pagamento, pela arrendatária, de uma quantia adicional tal que a continuação do arrendamento mercantil seja considerada, desde o início, razoavelmente certa.

Prazo efetivo do arrendamento mercantil é o período de cancelamento improvável, juntamente com: (a) períodos cobertos por opção da arrendatária de estender o prazo do arrendamento, se o exercício dessa opção for considerado razoavelmente certo, no início do arrendamento mercantil; e (b) períodos cobertos por opção da arrendatária de rescindir o arrendamento, se o não exercício dessa opção for considerado razoavelmente certo, no início do arrendamento mercantil.

Vida útil econômica é o período remanescente a partir do começo do prazo do arrendamento mercantil, durante o qual se espera que o bem arrendado seja economicamente utilizável, independentemente dos prazos definidos para fins tributários e da data de encerramento do contrato.

Para cálculo do valor presente dos pagamentos decorrentes das contraprestações devidas pela arrendatária, que contemplam o custo de arrendamento do bem e os serviços inerentes à sua colocação à disposição da arrendatária pelo arrendador: (i) deve ser considerado também o valor presente das contraprestações relativas ao período adicional decorrente do exercício da opção de renovação ou de qualquer forma de extensão contratual considerada razoavelmente certa no início do contrato; e (ii) deve ser utilizada a taxa equivalente aos encargos financeiros constantes do contrato.

Para avaliar se os exercícios das opções de estender o prazo e de rescindir o arrendamento são ou não razoavelmente certos, devem ser considerados todos os fatos e circunstâncias relevantes que criam incentivo econômico para a decisão da arrendatária, inclusive: (i) a comparação do valor contratado das contraprestações com o valor de mercado estimado no período coberto pela opção; (ii) as benfeitorias no bem arrendado com benefícios econômicos esperados significativos no período coberto pela opção; (iii) os custos ou dificuldades operacionais decorrentes da não continuação da operação; e (iv) a

importância do bem arrendado para as operações da arrendatária, seu grau de especialização, sua localização e a disponibilidade de alternativas adequadas.

A Resolução nº 4.977/2021 repete os mesmos conceitos de “coligada” e “interdependente” constantes da Resolução nº 4.976/2021.

Podem ser objeto de arrendamento bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio da arrendatária.

Admite-se a contratação de operações com arrendatárias domiciliadas ou com sede no exterior somente no caso de arrendamento de bens produzidos no País.

Os bancos múltiplos com carteira de investimento ou de desenvolvimento, os bancos de investimento e os bancos de desenvolvimento podem utilizar recursos oriundos de empréstimos externos em operações de *sale and lease back*. A parcela dos recursos externos que for amortizada pelo pagamento das contraprestações pode ser utilizada em novas operações de arrendamento mercantil, em repasses a clientes ou em aplicações autorizadas para os recursos externos destinados a repasses. Respeitados os prazos mínimos arrendamento que serão mencionados no próximo tópico (Contratos de Leasing), as operações mencionadas neste artigo somente podem ser realizadas por prazos iguais ou inferiores ao da amortização final do empréstimo contratado no exterior, cujos recursos devem permanecer no País consoante as condições de prazo de pagamento no exterior que forem admitidas pelo Bacen na época da autorização de seu ingresso.

Nas hipóteses de devolução ou recuperação dos bens arrendados, a arrendadora pode: (i) manter os bens em seu ativo, pelo prazo máximo de dois anos; e (ii) alienar ou arrendar a terceiros os referidos bens. Aplica-se também o mesmo princípio aos bens recebidos em dação em pagamento.

Os bancos múltiplos com carteiras comercial e de crédito imobiliário e a Caixa Econômica Federal (CEF) podem realizar operações de Arrendamento Imobiliário Especial com Opção de Compra, nos termos da Lei nº 10.150, de 21 de dezembro de 2000, que dispõe sobre a novação de dívidas do Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS, junto às instituições financiadoras, relativas a saldos devedores remanescentes da liquidação de contratos de financiamento habitacional, firmados com mutuários finais do Sistema Financeiro da Habitação (SFH).

CONTRATOS DE LEASING

Os contratos de leasing devem ser formalizados por instrumento público ou particular, devendo conter, no mínimo, as seguintes especificações: (i) a descrição dos bens que constituem o objeto do contrato, com todas as características que permitam sua perfeita identificação; (ii) o prazo de arrendamento; (iii) o valor das contraprestações ou a fórmula de cálculo das contraprestações, bem como o critério para seu reajuste; (iv) a forma de pagamento das contraprestações por períodos determinados, não superiores a um semestre, salvo no caso de operações que beneficiem atividades rurais, quando o pagamento pode ser fixado por períodos não superior a um ano; (v) as condições

para o exercício por parte da arrendatária do direito de optar pela renovação do contrato, pela devolução dos bens ou pela aquisição dos bens arrendados; (vi) a concessão à arrendatária de opção de compra dos bens arrendados, devendo ser estabelecido o preço para seu exercício ou critério utilizável na sua fixação; (vii) a taxa equivalente aos encargos financeiros da operação; (viii) as despesas e os encargos adicionais, inclusive despesas de assistência técnica, manutenção e serviços inerentes à operacionalidade dos bens arrendados; (ix) as condições para eventual substituição dos bens arrendados, inclusive na ocorrência de sinistro, por outros da mesma natureza, que melhor atendam às conveniências da arrendatária, devendo a substituição ser formalizada por intermédio de aditivo contratual; (x) as demais responsabilidades que vierem a ser convencionadas, em decorrência de: (a) uso indevido ou impróprio dos bens arrendados; (b) seguro previsto para cobertura de risco dos bens arrendados; (c) danos causados a terceiros pelo uso dos bens; e (d) ônus advindos de vícios dos bens arrendados; (xi) a faculdade de a arrendadora vistoriar os bens objeto de arrendamento e de exigir da arrendatária a adoção de providências indispensáveis à preservação da integridade dos referidos bens; (xii) as obrigações da arrendatária, nas hipóteses de: (a) inadimplemento; e (b) destruição, perecimento ou desaparecimento dos bens arrendados; e (xiii) a faculdade de a arrendatária transferir a terceiros no País, desde que haja anuência expressa da arrendadora, os direitos e obrigações decorrentes do contrato, com ou sem responsabilidade solidária.

Para a definição da taxa equivalente mencionada no item (vii) do parágrafo anterior, deve-se considerar a taxa que equaliza o valor do bem arrendado, na data da contratação, ao valor presente de todos os recebimentos e pagamentos previstos ao longo do prazo contratual, incluindo, na ausência de valor residual garantido, o valor presente provável de realização do bem arrendado no final do contrato, deduzidos os custos de venda do bem. Com relação às despesas e encargos adicionais mencionados no item (viii), no caso do arrendamento mercantil financeiro, admite-se: (i) a previsão de a arrendatária pagar valor residual garantido em qualquer momento durante a vigência do contrato, não caracterizando o pagamento do valor residual garantido o exercício da opção de compra; e (ii) o reajuste do preço estabelecido para a opção de compra e o valor residual garantido.

Os contratos devem observar os seguintes prazos mínimos de arrendamento: (i) para o leasing financeiro: (a) dois anos, compreendidos entre a data de entrega dos bens à arrendatária, consubstanciada em termo de aceitação e recebimento dos bens, e a data de vencimento da última contraprestação, quando se tratar de arrendamento de bens com vida útil igual ou inferior a cinco anos; e (b) três anos, compreendidos entre a data de entrega dos bens à arrendatária, consubstanciada em termo de aceitação e recebimento dos bens, e a data de vencimento da última contraprestação, quando se tratar de arrendamento de bens com vida útil superior a cinco anos; e (ii) para o leasing operacional o prazo mínimo é de 90 dias.

Caso a opção de compra seja exercida antes de decorrido o respectivo prazo mínimo acima estabelecido, a operação será considerada como de

compra e venda a prazo, estará em desacordo com as disposições da Resolução nº 4.977/2021, não se caracterizará como arrendamento mercantil e, conseqüentemente, não terá o tratamento tributário previsto na Lei nº 6.099/1974.

Nos contratos de arrendamento mercantil de bens, cuja aquisição tenha sido efetuada com recursos provenientes de empréstimos contraídos direta ou indiretamente no exterior, as partes podem pactuar cláusula de variação cambial.

SUBARRENDAMENTO

As sociedades de arrendamento mercantil e os bancos múltiplos com carteira de arrendamento mercantil podem realizar operações de arrendamento com arrendadoras domiciliadas no exterior, com vistas unicamente ao posterior subarrendamento dos bens a pessoas jurídicas no País. Essas operações estão sujeitas a registro no Bacen. São vedadas as operações de subarrendamento quando a arrendadora domiciliada no exterior for coligada ou interdependente da subarrendatária domiciliada no País.

As sociedades de arrendamento mercantil e os bancos múltiplos com carteira de arrendamento mercantil podem realizar a aquisição, no mercado interno, de direitos e obrigações decorrentes de contratos de arrendamento celebrados com arrendadoras no exterior, com a finalidade exclusiva de posterior subarrendamento dos bens.

As sociedades de arrendamento mercantil e os bancos múltiplos com carteira de arrendamento mercantil devem repassar às subarrendatárias domiciliadas no País, em contratos de arrendamento mercantil financeiro, realizados nos termos da Resolução nº 4.977/2021, todos os custos, taxas, impostos, comissões, outras despesas relativas à obtenção do bem arrendado e demais condições pactuadas no contrato firmado com a arrendadora domiciliada no exterior, acrescidos de sua remuneração, inclusive aquelas referentes à eventual aquisição dos direitos e obrigações de contratos, podendo tais despesas e encargos ser incorporados ao custo do bem arrendado.

CESSÃO E AQUISIÇÃO DE CONTRATOS DE LEASING

As operações de cessão e aquisição de contratos de arrendamento mercantil no mercado interno são restritas às sociedades de leasing e demais instituições mencionadas no primeiro parágrafo da Introdução deste artigo. As instituições autorizadas a realizar operações de *sale and lease back* podem ceder e adquirir os contratos respectivos a outras instituições autorizadas a praticar essa modalidade de operação.

A cessão de contratos de arrendamento mercantil, bem como dos direitos creditórios deles decorrentes, a entidades domiciliadas no exterior, depende de prévia autorização do Bacen.

A aquisição de contratos de arrendamento mercantil cujos bens arrendados tenham sido adquiridos com recursos de empréstimos externos ou que

contenham cláusula de variação cambial, bem como dos direitos creditórios deles decorrentes, somente pode ser realizada com a utilização de recursos de empréstimos obtidos no exterior.

CRITÉRIOS CONTÁBEIS

A Resolução nº 4.975/2021 dispõe sobre os critérios contábeis aplicáveis às operações de leasing pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Bacen, na condição de arrendadora e de arrendatária. O disposto na Resolução nº 4.975/2021 não se aplica às administradoras de consórcio e às instituições de pagamento, que devem observar a regulamentação emanada do Bacen, no exercício de suas atribuições legais.

Conforme o voto do Bacen, o CMN estabeleceu, por meio da Resolução CMN nº 3.786, de 24 de setembro de 2009, cujas normas foram consolidadas pela Resolução CMN nº 4.818, de 29 de maio de 2020, a obrigatoriedade de apresentação, a partir de dezembro de 2010, de demonstrações financeiras consolidadas em conformidade com os padrões internacionais do *International Accounting Standards Board* (IASB) por parte das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Bacen que: (i) sejam registradas como companhia aberta; (ii) sejam obrigadas a constituir comitê de auditoria, nos termos da regulamentação em vigor; ou (iii) não sejam registradas como companhia aberta e sejam líderes de conglomerado integrado por instituição registrada como companhia aberta.

Apesar de essa medida alcançar a convergência plena das normas aplicáveis às demonstrações financeiras consolidadas com os padrões do IASB, ainda há outros dois conjuntos de demonstrações financeiras consolidadas com base no padrão contábil previsto no Padrão Contábil das Instituições Reguladas pelo Bacen (Cosif): (i) consolidado societário, exigido pelo art. 249 da Lei nº 6.404/1976, das instituições de capital aberto que tiverem mais de 30% do valor do seu patrimônio líquido representado por investimentos em sociedades controladas; e (ii) o consolidado do conglomerado prudencial, disciplinado pela Resolução CMN nº 4.950, de 30 de setembro de 2021, exigido das instituições líderes de conglomerado prudencial.

O art. 249 da Lei nº 6.404/1976 estabelece que a companhia aberta que tiver mais de 30% do valor do seu patrimônio líquido representado por investimentos em sociedades controladas deverá elaborar e divulgar, juntamente com suas demonstrações financeiras, demonstrações consolidadas, nos termos do art. 250, que contém as normas sobre consolidação. O art. 250, por sua vez, determina que das demonstrações financeiras consolidadas serão excluídas: (i) as participações de uma sociedade em outra; (ii) os saldos de quaisquer contas entre as sociedades; e (iii) as parcelas dos resultados do exercício, dos lucros ou prejuízos acumulados e do custo de estoques ou do ativo não circulante que corresponderem a resultados, ainda não realizados, de negócios entre as sociedades. A participação dos acionistas não controladores no patrimônio líquido e no lucro do exercício será destacada, respectivamente, no balanço patrimonial e na demonstração do resultado do exercício. A parcela do custo de aquisição

do investimento em controlada, que não for absorvida na consolidação, deverá ser mantida no ativo não circulante, com dedução da provisão adequada para perdas já comprovadas, e será objeto de nota explicativa. O valor da participação que exceder do custo de aquisição constituirá parcela destacada dos resultados de exercícios futuros até que fique comprovada a existência de ganho efetivo. Para fins do art. 250, as sociedades controladas, cujo exercício social termine mais de 60 dias antes da data do encerramento do exercício da companhia, elaborarão, com observância das normas da Lei, 6.404/1976 demonstrações financeiras extraordinárias em data compreendida nesse prazo.


A atual sistemática contábil requer que as instituições arrendadoras mantenham o bem em seu ativo imobilizado, com diversos ajustes em contas patrimoniais e de resultado, de modo que nos demonstrativos contábeis sejam apresentados o valor presente da carteira de arrendamento e o resultado financeiro, de forma aproximada ao tratamento que seria dado a uma operação de crédito. Na condição de arrendatária, as instituições financeiras e demais autorizadas a funcionar pelo Bacen, independentemente da modalidade, reconhecem a operação de forma similar a uma operação de aluguel. Esse tratamento, contudo, não está em consonância com a norma internacional, que, após longo debate entre reguladores, supervisores, mercado e acadêmicos, estabeleceu que a arrendatária, independentemente da modalidade de arrendamento, reconheça um ativo representado pelo direito de uso do bem.

Por esse motivo, a regulação aplicável à contabilização das operações de leasing deve ser igualmente ajustada para alinhar-se às melhores práticas internacionalmente aceitas, notadamente ao padrão contábil International Financial Reporting Standard nº 16 (IFRS 16) – Leases, emitido pelo IASB, cujo correspondente no Brasil é o Pronunciamento Técnico do Comitê de Pronunciamentos Contábeis¹² (CPC) 06 (R2) – Arrendamentos, aprovado em 6 de outubro de 2017. Cumpre notar que esse pronunciamento foi aprovado pela CVM mediante a edição da Deliberação nº 787, de 21 de dezembro de 2017, sendo, portanto, aplicável às entidades sob a supervisão da CVM.

A Resolução 4.975/2021 recepiona o Pronunciamento Técnico CPC 06 (R2) – Arrendamentos para as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Bacen, na condição de arrendadora e de arrendatária, que devem observar esse Pronunciamento no reconhecimento, na mensuração, na apresentação e na divulgação de operações de arrendamento mercantil, conforme regulamentação específica. A partir desse alinhamento, as operações de leasing financeiro serão reconhecidas pelo valor presente das contraprestações a receber, sendo que o bem objeto de arrendamento mercantil financeiro não ficará mais registrado no ativo da arrendadora, já que houve a transferência substancial dos riscos e benefícios do bem objeto de arrendamento para o arrendatário. Essa alteração normativa não altera a apuração dos tributos federais, uma vez que na escrituração fiscal as entidades devem observar exclusivamente as disposições da legislação tributária, sem qualquer modificação decorrentes de atos administrativos emitidos com base em competência societária ou regulatória. Do mesmo modo, a medida não deve gerar impacto no patrimônio das instituições, visto que a sistemática atual já prevê

ajustes para que o valor final do ativo e do resultado representem o valor presente do contrato de leasing.

Cumpra-se destacar que os pronunciamentos técnicos citados no texto do CPC 06 (R2), enquanto não recepcionados por ato específico do CMN, não podem ser aplicados. Para os efeitos da Resolução nº 4.975/2021, as menções a outros pronunciamentos devem ser interpretadas como referência a outros pronunciamentos do CPC que tenham sido recepcionados pelo CMN, bem como aos dispositivos do Cosif que estabeleçam critérios contábeis correlatos aos pronunciamentos mencionados.

A Resolução 4.975/2021, que somente entra em vigor no dia 1º de janeiro de 2025, também esclarece que, para fins do disposto no item 5, “b”, do Apêndice C do Pronunciamento Técnico do CPC 06 (R2) – Arrendamentos, a instituição que já elabora demonstrações financeiras no padrão contábil internacional de acordo com os pronunciamentos emitidos pelo IASB pode utilizar como data de aplicação inicial a data da primeira divulgação segundo o International Financial Reporting Standard (IFRS) 16 – Leases. Na aplicação desse pronunciamento, fica vedada a aplicação do disposto nos itens 3 e 11 do Apêndice C. 

NOTAS

- 1 O CMN é o órgão superior do SFN, sendo composto pelo Ministro da Economia, como Presidente do Conselho, pelo Presidente do Banco Central do Brasil e pelo Secretário Especial de Fazenda do Ministério da Economia. O CMN estabelece as diretrizes gerais das políticas monetária, cambial e creditícia, além de regular as condições de funcionamento e fiscalização das instituições financeiras.
- 2 Essa consolidação foi feita em observância ao Decreto nº 10.139, de 28 de novembro de 2019, que estabelece a obrigatoriedade de os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional revisarem e consolidarem os atos normativos editados no âmbito de suas respectivas competências, a fim de racionalizar o processo de regulação.
- 3 Essas três Resoluções foram publicadas na edição de 20 de dezembro de 2021 do Diário Oficial da União (DOU) e estão disponíveis no site do Bacen.
- 4 A expressão “Arrendamento Mercantil” na denominação ou razão social é privativa das sociedades de arrendamento mercantil.
- 5 DI é a sigla para depósito interbancário. A taxa DI é uma forma de demonstrar os juros pagos por bancos quando fazem empréstimos entre si.
- 6 A Taxa Selic é um índice econômico, também é conhecida como taxa básica de juros do Brasil. Assim, ela baliza diversas outras taxas de juros cobradas pelas instituições financeiras. Em outras palavras, a Selic é utilizada por bancos públicos e privados para o cálculo de juros. Além de servir como base para os juros cobrados em empréstimos, financiamentos e outros produtos bancários, a Selic tem diversos objetivos na economia nacional. Entre os principais deles estão: regular a inflação e garantir o controle da emissão, da compra e da venda de títulos públicos. O termo Selic é uma abreviação para Sistema Especial de Liquidação e Custódia. Conforme definição do próprio Bacen é a taxa média ajustada dos financiamentos diários apurados no sistema para títulos federais. De forma mais simples, o valor da Selic indica quanto o governo paga de juros para as instituições financeiras que compram títulos públicos do Tesouro Nacional. Ela é definida pelo Comitê de Política Monetária (Copom) do Bacen.

- 7 As LCIs e LCAs são títulos de Renda Fixa emitidos por instituições financeiras para estimular os setores imobiliário e do agronegócio. Os investimentos em LCI e LCA, assim como outros produtos de Renda Fixa, possuem prazo e indexador. Ambos são estabelecidos no momento da aplicação e, normalmente, estão atrelados ao CDI (Certificado de Depósito Interbancário) ou ao IPCA (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo). Como o vencimento é definido no momento da aplicação, qualquer resgate fora das condições contratadas ou venda antecipada no mercado secundário, o título pode sofrer variações nas taxas com as condições do mercado. Além de contar com títulos de diferentes prazos e indexadores, os investimentos em LCI e LCA são isentos de Imposto de Renda e possuem cobertura do FGC. Nos casos de aplicações em CDB, LCI ou LCA, a garantia oferecida pelo FGC cobrirá todo o investimento mais a rentabilidade até o limite de R\$ 250 mil por CPF ou CNPJ, por conjunto de depósitos e investimentos em cada instituição ou conglomerado financeiro, limitado ao teto de R\$ 1 milhão, a cada período de 4 anos,
- 8 O alinhamento explícito de conceitos de “coligada” e “interdependente” tem o objetivo de dirimir dúvidas geradas no mercado de arrendamento mercantil pela superposição dos conceitos quase idênticos de coligadas e interdependentes e partes relacionadas, que equipara operação de leasing financeiro a operação de crédito
- 9 O art. 116 da Lei nº 6.404/1976 determina que acionista controlador é a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: (a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e (b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.
- 10 De acordo com o disposto no inciso V do art. 10 da Lei nº 4.595/1964, no caso das instituições financeiras bancárias, compete privativamente ao Bacen realizar operações de redesconto e empréstimo com instituições financeiras públicas e privadas, consoante remuneração, limites, prazos, garantias, formas de negociação e outras condições estabelecidos em regulamentação editada pelo Bacen.
- 11 Nos termos do inciso XXXII do caput do art. 4º da Lei nº 4.595/1964, compete privativamente ao CMN, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República, regular os depósitos a prazo de instituições financeiras e demais sociedades autorizadas a funcionar pelo Bacen, inclusive entre aquelas sujeitas ao mesmo controle acionário ou coligadas.
- 12 Criado pelo Conselho Federal de Contabilidade (CFC), através da Resolução CFC nº 1.055, de 7 de outubro de 2005, o CPC tem como objetivo “o estudo, o preparo e a emissão de documentos técnicos sobre procedimentos de Contabilidade e a divulgação de informações dessa natureza, para permitir a emissão de normas pela entidade reguladora brasileira, visando à centralização e uniformização do seu processo de produção, levando sempre em conta a convergência da Contabilidade Brasileira aos padrões internacionais”.



WALTER STUBER é Advogado, bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com especialização em Direito Comercial e Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC. Administrador de empresas, formado pela Universidade Mackenzie.



Mais servidores nos 70% do Fundeb – o que prevalece? A anualidade orçamentária ou a data de publicação da Lei nº 14.276/2021?

■ POR FLAVIO CORRÊA DE TOLEDO JUNIOR

“Se o ente federado dispuser daquele resíduo Fundeb (até 10%), há de convencionar com os outros servidores educacionais uma forma de prêmio salarial à conta do Fundeb arrecadado no exercício de 2022.”

Em sua redação original, a lei do novo Fundeb (nº 14.113/2020) reservava 70% para professores, especialistas do magistério, psicólogos e assistentes sociais ligados ao ensino e, projetado gasto inferior àquele piso remuneratório, somente esses profissionais teriam direito a uma bonificação salarial.

Apesar de sempre se referir a “profissional da educação”, a tal Lei nº 14.113, na verdade, reiterou conceito dito no Fundef e no anterior Fundeb: o do favorecimento exclusivo aos “profissionais do magistério”, quer dizer, os demais

servidores da educação continuariam afastados dos 70% remuneratórios, e, portanto, de um eventual (e tão desejado!) abono de vencimentos.

De fato, aquele diploma amparou-se em definição conflitante da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), a do art. 61, que iguala profissional da educação com o do magistério, apesar de, mais adiante, a própria LDB dispor que profissionais da educação são todos os funcionários do ensino, sejam ou não docentes (art. 70, I).

Pôs-se então intensa controvérsia, conquanto a Emenda que ensejou a Lei nº 14.113 (EC 108/2020), em rumo diferente do regramento anterior¹, não menciona a figura do profissional do magistério, mas, sim, o grupo intitulado “profissional da educação básica”; é o que se vê na seguinte passagem da Lei Maior:

Art. 212-A (...)

XI – proporção não inferior a 70% (setenta por cento) de cada fundo referido no inciso I do caput deste artigo, excluídos os recursos de que trata a alínea “c” do inciso V do caput deste artigo, será destinada ao pagamento dos profissionais da educação básica em efetivo exercício, (...)

Com isso, a Emenda Constitucional 108/2020 aumentou a vinculação remuneratória (de 60% para 70% do Fundeb), nela contemplando o “profissional da educação”; não mais, como era nos pretéritos textos constitucionais, a mais restrita categoria do “profissional do magistério”.

Nesse cenário, governadores e prefeitos solicitam que deputados federais e senadores promovessem alterações na lei do novo Fundeb, modificando, sobretudo, o limitado conceito de profissional da educação. Tais agentes políticos assim pleitearam com base nos seguintes motivos:

a) Considerável incremento do Fundeb arrecadado em 2021, muito além da inflação do período, enquanto, de outro lado, os salários estavam congelados pela legislação pandêmica (LC 173/2020) e a vinculação remuneratória ampliou-se; de 60% para 70% daquele fundo;

b) Aumento da complementação do Governo Federal (VAAF e VAAT);

c) Possível rejeição da conta anual do governador ou do prefeito, caso descumprida a Constituição no tocante ao mínimo salarial do Fundeb (os 70% do art. 212-A, XI).

Não bastassem as citadas razões, a inclusão de todos os servidores no bloco dos 70% podem evitar futuros abonos salariais, liberando os remanescentes 30% do Fundeb para outros gastos educacionais, que não os salariais.

Bem por isso, foi publicada, em 28.12.2021, a Lei nº 14.276, prescrevendo que os 70% do Fundeb alcançarão não somente os professores, os diretores, os supervisores de ensino, os coordenadores pedagógicos e demais especialistas, mas, também, “os profissionais de funções de apoio técnico, administrativo ou operacional”, o que, favorece secretários de escola, inspetores de alunos, bedéis, merendeiras, serventes, porteiros, nutricionistas, vigilantes, auxiliares administrativos, entre outros relacionados à atividade-meio do ensino (vide Comunicado 446, in <https://fiorilli.com.br/comunicado-446-as-alteracoes-na-nova-lei-do-fundeb/>).

Então, a Lei nº 14.276 remediou desacerto da lei do novo Fundeb (nº 14.113/2020), incorporando, assim como quer a Constituição (Emenda

108), todo o corpo funcional da educação no piso de 70% e, se for o caso, no abono salarial.

Além do mais, a Lei nº 14.276 possibilitou que os 70% possam ser inteirados mediante “reajuste salarial sob a forma de bonificação, abono, aumento de salário, atualização ou correção salarial” (art. 26, § 2º).

Muito embora fosse concedida, sem qualquer objeção, desde a reforma educacional de 1996, aquela bonificação precisou, agora, ser objetivada em lei, porquanto vozes dissonantes passaram a defender, de forma inusitada, sua ilegalidade, mesmo para os anos seguintes a 2021, quando já sem eficácia a proibitiva Lei Complementar nº 173/2020.

E, no caso do bônus salarial, a Lei nº 14.276 não contradiz a Lei Complementar 173, vez que esta tem eficácia temporalmente restringida, vale dizer, seus efeitos terminaram em 31.12.2021.

Todavia, muitos e vários governadores e prefeitos disponibilizaram, ainda em 2021, abono salarial aos educadores; para tanto, preferiram descumprir a Lei 173 do que ofender norma constitucional (art. 212-A, XI), pois isto acarreta, no mais das vezes, rejeição da conta anual e, talvez, inelegibilidade do agente político.

De todo modo, a concessão do abono não pode ser aleatória; há de a lei local apresentar critérios distributivos; razoáveis, articulados e transparentes. É bem isso o que recomenda manual do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo²:

“Na ocorrência de imprevistos ganhos junto ao Fundeb, Estado ou Município podem, excepcionalmente, conceder abonos salariais a profissionais do magistério, completando, com isso, a respectiva aplicação mínima. Autorizado por lei local, esse abono, contudo, deve amparar-se em objetivos e transparentes critérios distributivos, enunciados, preferencialmente, no Plano de Carreira e Remuneração do Magistério (ex: assiduidade, nota da escola no IDEB, participação em cursos de aperfeiçoamento, desempenho dos respectivos alunos)”.

Além disso, a modificada lei do novo Fundeb agora determina que, ligados à Educação, psicólogos e assistentes sociais receberão à conta dos remanescentes 30% do Fundeb; não mais, portanto, no bloco que pode resultar abono salarial: o dos 70%. Todavia, ambos profissionais têm considerável serventia no desenvolvimento educacional, posto que amparam, no próprio ambiente escolar, alunos com dificuldade de aprendizado. Enfim, não nos parece que psicólogos e assistentes sociais representem menos valor educacional que os agora inclusos secretários de escola, serventes e vigilantes, entre outros da atividade-meio.

Feitas todas essas considerações, eis que surge outra polêmica, qual seja: no ano de 2021, a amplitude funcional dos 70% Fundeb se ampara no princípio orçamentário da anualidade (art. 34, da Lei nº 4.320) ou, em rumo diverso, tem eficácia somente após a publicação da Lei nº 14.276 (28.12.2021)?

De dizer que, se fosse a Lei nº 14.276 publicada cinco dias depois, logo no início de 2022, inexistiria a controvérsia ora em debate, pois os da atividade-meio estariam fora de eventual bonificação relativa ao exercício de 2021.

Conforme a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e salvo disposição contrária, o diploma legal começa a vigorar quarenta e cinco

dias depois de oficialmente publicado (art. 1º). No entanto, a lei que ora nos interessa, a nº 14.276/2021, escora-se naquela exceção da LINDB, vale dizer, tem vigência imediata, na data da sua publicação.

Então, sob a literalidade da Lei nº 14.276, os servidores agora inclusos nos 70% Fundeb, os da atividade-meio, só teriam direito a 4/365 do abono salarial, isto é, somente 1,09% de uma eventual bonificação remuneratória; isso porque a nova lei do Fundeb foi publicada a 4 dias do final do exercício: em 28.12.2021.

De outro lado, a aplicação do Fundeb se orienta, com vigor, pela anualidade da lei orçamentária, ou seja, o atendimento, ou não, dos 70% remuneratórios, é verificado, de modo definitivo, terminativo, em 31 de dezembro de cada ano civil. Então, pode-se, nos 11 primeiros meses do exercício, despende percentual inferior aos 70%, contanto que, em dezembro, o ente federado compense a lacuna, pagando, por exemplo, o 13º salário aos servidores do ensino.

O mesmo se dá com outros mínimos constitucionais, como os da Educação (25%) e Saúde (15%), em que os municípios não precisam, necessariamente, satisfazê-los a cada mês, desde que os atendam, integralmente, ao final do exercício financeiro. Eis a eficácia do princípio da anualidade orçamentária.

Não por acaso, a lei de regência do novo Fundeb (14.113/2020) dispõe que o Fundeb seja despendido ao longo de todo o ano de recebimento:

Art. 25. Os recursos dos Fundos, inclusive aqueles oriundos de complementação da União, serão utilizados pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, no exercício financeiro em que lhes forem creditados, em ações consideradas de manutenção e de desenvolvimento do ensino para a educação básica pública, conforme disposto no art. 70 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

De mais a mais, a essência financiadora do Fundeb se orienta em valores gastos, em cada ano civil, com os estudantes da educação básica, além do que é anual o censo que resulta no coeficiente a ser recebido por cada estado e município.

Em suma, se os governos dispõem de 12 meses para utilizar os 70% do Fundeb, há de se respeitar, dentro do mesmo exercício financeiro, a plena inserção dos outros servidores naquele piso remuneratório, pois foi isto determinado em lei publicada sob a vigência da lei orçamentária de 2021.

Do contrário, um inspetor escolar decerto questionará: por que não recebi o abono integral se a Lei nº 14.276 assim o permite e a Prefeitura tem até 31.12.2021 para utilizar o Fundeb arrecadado no ano?

Sob esse nosso entendimento, há de se atentar para os governos que, cumprindo a redação anterior da lei do novo Fundeb, concederam bonificação apenas para os docentes e especialistas no ensino. Tal lacuna pode ser suprida com abono para os demais funcionários da educação básica, à conta de eventual sobra do Fundeb (até 10%), que a Lei nº 14.113 permite utilizar até os primeiros quatro meses do ano seguinte; no caso, até abril de 2022.

No entanto, alguns entendem que aquele resíduo do Fundeb só pode ser utilizado, caso estado ou município tenham despendido, no ano de competência,

os constitucionais 25% do ensino (art. 212). A propósito, tal linha de pensamento é acolhida nos modelos da Secretaria do Tesouro Nacional (STN).

Em nosso anterior artigo³, ousamos divergir daquela visão interpretativa:

Sucedem que, exceto nos estados e municípios que obtêm ganho financeiro no Fundeb, este fundo nada mais é do que uma parcela dos 25% de impostos; então, se razão assistisse ao modelo STN, estariam excluídos do Fundeb diferido (10%) os milhares de municípios com perda financeira junto ao fundo; além do mais, os entes ganhadores seriam instados a usar, sem critérios, excessos de Fundeb conquistados, por exemplo, no último mês do exercício.


De outro lado e, baseada numa exceção ao princípio orçamentário da anualidade (a do período adicional), a norma legal dos 10% não impõe qualquer exceção, ressalva ou restrição, seja para entes ganhadores ou perdedores do Fundeb; é bem isso o que se vê no § 3º, art. 25, da Lei nº 14.113/2020:

Art. 25 (...)

§ 3º Até 10% (dez por cento) dos recursos recebidos à conta dos Fundos, inclusive relativos à complementação da União, nos termos do § 2º do art. 16 desta Lei, poderão ser utilizados no primeiro quadrimestre do exercício imediatamente subsequente, mediante abertura de crédito adicional.

Em outras palavras e segundo a letra da lei, entes ganhadores ou perdedores no Fundeb, uns e outros podem se valer de uma exceção legal ao princípio orçamentário da anualidade, o do adiamento, até 10%, a ser empenhado, liquidado e pago nos quatro primeiros meses do ano seguinte, mesmo que, em 31 de dezembro, não tenham aplicado a integralidade dos 25% de impostos.

É bem isso o que defende o professor Paulo Henrique Feijó, em consistente artigo de sua lavra⁴:

Por último, de salientar que, em hipótese alguma, esse abono adicional há de ser financiado pela parcial devolução de bonificação antes paga aos docentes; se assim fosse, restaria descumprido o princípio constitucional da irredutibilidade salarial (art. 6º, VI). Então, se o ente federado indispuser daquele resíduo Fundeb (até 10%), há de convencionar com os outros servidores educacionais uma forma de prêmio salarial à conta do Fundeb arrecadado no exercício de 2022. 

NOTAS

- 1 Emendas Constitucionais 14, de 1996 e 53, de 2006.
- 2 <https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/publicacoes/Aplicacao%20no%20ensino%20pdf-RETIFICA%C3%87%C3%83O%20DA%20PAGINA%202020.pdf>
- 3 “O encerramento do exercício de 2021 diante das inovações constitucionais e legais”.
- 4 <https://www.gestaopublica.com.br/rreo-demonstrativo-das-receitas-e-despesas-da-educacao-a-armadilha-de-diferir-10/?fbclid=IwAR1UIJP5BMgs1Fszgu-UzC-ToPFYtSU1uqsveeEWR3LYu3pBsnI-IET3gOQM>



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

Perspectivas e desafios do varejo em 2022

■ POR DANIEL CERVEIRA



“Mesmo concebendo que uma minoria de lojistas está em uma situação gravíssima, o número absoluto de empresas e famílias envolvidas é muito grande, o que, portanto, demanda uma atenção especial do Poder Público para incentivar o setor e salvaguardar os empregos.”

Como o varejo lida com pessoas, a sua dinâmica é fascinante. A inclusão de novos elementos é constante, tais como o “live commerce” e a “entrega super-rápida”. Por outro, verificamos que hoje em dia a utilização de dados dos clientes para fins de facilitar o relacionamento e a aceitação absoluta de que a atuação multicanal é fundamental para os negócios, além de outras tendências mercadológicas.

No Brasil, do ponto de vista econômico, levantamentos preveem um crescimento na casa de 1% para o varejo restrito, que não inclui as atividades de veículos, motos, partes e peças e de material de construção. A consultoria Tendências aponta 1,1% de crescimento neste ano. Salvo alguns segmentos específicos, os comerciantes enfrentarão dificuldades nas vendas em virtude da inflação alta, desemprego elevado e retração do crédito.


No que tange ao setor de “food service”, fortemente afetado pela pandemia de Covid-19, segundo a ABIA – Associação Brasileira da Indústria de Alimento, a perspectiva para 2022 é uma elevação no faturamento entre 15% e 20%.

Junta-se ao cenário a incerteza ainda presente no que se refere ao término da pandemia e a eventual determinação de novas restrições governamentais.

Em 2021 houve uma forte consolidação no mercado e em 2022 não deve ser diferente. Conforme estudos, ainda existe espaço para mais fusões e aquisições no varejo, incluindo a compra de operações complementares por grandes varejistas.

Importante ressaltar que a base de comparação é muito pequena e que nem todos os lojistas conseguiram, até o momento, retomar as vendas nos mesmos patamares de antes da pandemia. Além do mais, preocupa a situação dos pequenos comerciantes que não têm tantas alternativas disponíveis para sobreviver.

Os estabelecimentos físicos ainda precisam enfrentar alguns locadores e shopping centers que se mantêm inflexíveis quanto aos valores dos aluguéis, muitos dos quais sofreram atualizações pelos índices IGP-M e IGP-DI, ambos conferidos pela Fundação Getúlio Vargas. Como advogado, noto uma tendência de que continuem ativas as negociações dos lojistas visando reduzir o custo de ocupação, especialmente frente aos grandes centros de compras. O fato é que, além do aluguel, as outras verbas cobradas pelos shoppings são excessivamente altas, tornando muitas operações inviáveis no curto prazo. Cumpre lembrar que alguns locadores exigem, em razão da rescisão dos contratos de locação, o pagamento de multas elevadas, devolução de descontos, perda das luvas, aviso prévio alongados e outras penalidades. Tais temas podem ser alvos de discussões judiciais, considerando que há jurisprudência formada anulando penalidades abusivas.

Assim, embora a entrada de novas lojas não para, vejo que alguns estabelecimentos serão fechados no começo do ano e outros tantos lojistas acabarão por demandar na Justiça com o intuito de ajustar os custos de ocupação no sentido de viabilizar as operações. Mesmo concebendo que uma minoria de lojistas está em uma situação gravíssima, o número absoluto de empresas e famílias envolvidas é muito grande, o que, portanto, demanda uma atenção especial do Poder Público para incentivar o setor e salvaguardar os empregos. 



ARQUIVO PESSOAL

DANIEL CERVEIRA é Advogado, pós-Graduado em Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, consultor jurídico do Sindilojas-SP e autor do livro “Shopping Centers – Limites na liberdade de contratar”, Editora Saraiva e professor dos cursos MBA em Varejo e Gestão de Franquias da FIA – Fundação de Instituto de Administração e da Pós-Graduação em Direito Imobiliário do Instituto de Direito da PUC-RJ.



Compromisso Global sobre Metano é essencial para combater o aquecimento global

■ POR MAURÍCIO PELLEGRINO DE SOUZA, REBECA STEFANINI PAVLOVSKY E YAGO FREIRE

“O investimento em tecnologia e inovação é imprescindível, envolvendo temas como o melhoramento genético dos animais e dos alimentos e atividades de recuperação de pastagens. Essas medidas exigem investimentos que têm acelerado o mercado de títulos verdes e de financiamento privado.”

Na Conferência das Nações Unidas sobre Mudança do Clima que ocorreu em novembro de 2021 (COP26), mais de 100 países comprometeram-se a reduzir a emissão de gases de metano em 30% até 2030, em comparação com 2020. No âmbito das negociações, os países concordaram que esta é uma das ações mais eficazes a curto prazo para manutenção do aumento da temperatura média global em 1,5°C.

Nas discussões sobre mudanças climáticas, muito se fala de gás carbônico, mas as concentrações do gás metano têm se tornado cada vez mais relevantes, pois em comparação, o metano possui capacidade de absorção de calor cerca de 25 vezes superior que o CO₂.

A natureza tem seus próprios mecanismos para decompor esse gás. Em condições naturais, a emissão de gás metano não representa um impacto significativo e sua concentração na atmosfera ainda é muito inferior à do CO₂. No entanto, há alguns anos, cientistas têm constatado o aumento expressivo de gás metano preso na atmosfera. No último relatório publicado pelo Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC), constatou-se que atualmente o metano é responsável por pelo menos ¼ do aquecimento global. Ainda segundo o relatório, não são conhecidos todos os motivos pelos quais esse gás não está se decompondo naturalmente.

O tema é especialmente relevante para o Brasil que, segundo dados da ABIEC (Associação Brasileira das Indústrias Exportadoras de Carnes), é o maior exportador de carne bovina do mundo. O compromisso assumido na COP26 traz nova métrica para o setor do agronegócio que, todavia, já tem se posicionado em prol da sustentabilidade e da eficiência da produção há algum tempo.

Neste contexto, diversas soluções têm surgido para neutralizar a emissão de gás metano na criação agropecuária e gerar externalidades positivas para o

setor. Uma delas é o reaproveitamento de fezes e urina dos animais por meio de biodigestores, em um processo sequestra o gás metano e o gás carbônico gerados a partir da decomposição dessa matéria orgânica, transformando-a em biogás, um combustível que pode ser utilizado na geração de energia para o empreendimento agropecuário e/ou venda do excedente. O sebo bovino também pode ser usado na fabricação de biodiesel. Outra possibilidade de compensação envolve a geração de biofertilizantes para utilização na lavoura e na recuperação do solo.

Nesse sentido, o Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) publicou recentemente a Resolução nº 503/2021, que define os critérios e procedimentos para o reuso de efluentes em sistemas de fertirrigação (método de irrigação, em que os nutrientes são aplicados conforme a necessidade do solo). Com isso, os efluentes que não tenham passado por processos de estabilização para fertirrigação podem ser reutilizados, possibilitando a recuperação do solo para produção pecuária de maneira sustentável.

Além disso, no âmbito da redução das emissões, o manejo de pastagens segundo recomendações técnicas garante a emissão de menos metano e a fixação de carbono no solo (um exemplo é o monitoramento da altura do pasto e controle da quantidade de animais por área). A melhoria das pastagens também envolve melhora no processo digestivo dos animais. Segundo a Embrapa (Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária), a recuperação do solo e o reflorestamento de áreas degradadas constituem um verdadeiro ganha-ganha, possibilitando a redução de emissão do gás metano e o aumento do ganho de peso dos animais.

Segundo a publicação da Embrapa denominada “Práticas na Nutrição Animal para Redução do Metano Entérico”, questões nutricionais dos animais afetam diretamente a fermentação ruminal, afetando a emissão dos gases de efeito estufa. A suplementação de proteína também tem sido usada como método direto para reduzir a produção de metano, assim como a adição de lipídios à dieta dos ruminantes, que melhora a eficiência energética.

Em julho de 2021, a Embrapa Pecuária Sudeste realizou estudos sobre a capacidade de sequestro de gases de efeito estufa (GEE), e concluiu que a intensificação média de produção pecuária, com a recuperação de pastagem degradada, diminui a emissão desses gases aumentando a possibilidade de geração de créditos de carbono. Inclusive, no mesmo ano, foi possível observar a comercialização de créditos de carbonos gerados a partir de projetos e ações que visam evitar ou neutralizar as emissões de carbono na pecuária.

O ganho em eficiência na produção do gado com a conseqüente diminuição da emissão de metano, requer a análise de dados de cada raça, considerando-se a alimentação disponível e predominante na região de produção, bem como características das áreas de produção. O investimento em tecnologia e inovação é imprescindível, envolvendo temas como o melhoramento genético dos animais e dos alimentos e atividades de recuperação de pastagens. Essas medidas exigem investimentos que têm acelerado o mercado de títulos verdes e de financiamento privado. 🇧🇷



MAURÍCIO PELLEGRINO DE SOUZA é Advogado na área de Direito Minerário e ESG & Impacto.



REBECA STEFANINI PAVLOVSKY é Advogada na área de Direito Ambiental, ESG & Impacto.



YAGO FREIRE é Advogado na área de Direito Minerário, Ambiental e ESG.

Sem pressa, mas sem pausa: o primeiro ano de atuação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados

■ POR CAMILA CAMARGO E NAILIA FRANCO

Inicialmente, gostaríamos de esclarecer que o texto a seguir tem o propósito de informar os leitores sobre a recente atuação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), considerando a relevância das ações de tal entidade para que a Lei Geral de Proteção de Dados – Lei Federal nº 13.709/18 (LGPD) tenha a eficácia esperada.

A ANPD é o órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República, que foi criado por força da LGPD. De uma forma sucinta, a ANPD é responsável por zelar, monitorar, fiscalizar e orientar a sociedade civil sobre o adequado cumprimento da LGPD, com o objetivo final de proteger direitos fundamentais de liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade. Para o pleno exercício de suas funções, é legalmente conferida à ANPD a necessária autonomia técnica e decisória para realização de suas atividades.

Entre as suas mais diversas competências, a ANPD deve regulamentar a LGPD, elaborar diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais, elaborar estudos sobre práticas nacionais e internacionais de proteção de dados pessoais, fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento de dados em descumprimento à LGPD.

Apesar da entrada em vigor da LGPD em 2018, foi apenas em novembro de 2020 – há um ano – que a ANPD foi formalmente instituída. Nos meses subsequentes à sua criação, ainda em 2020, ocorreram oficialmente a nomeação do Conselho Diretor e o lançamento do site da autoridade, com diversas áreas dedicadas a perguntas e respostas e regras procedimentais, a exemplo de como o titular de dados pode peticionar perante a ANPD contra o controlador de dados. As atividades da ANPD em 2021, por sua vez, iniciaram com a definição da agenda regulatória para o biênio 2021-2022.

Conforme previsto no cronograma de prioridades da referida agenda, a ANPD trabalhou ao longo de 2021 para publicar seu regimento interno e o planejamento estratégico para os anos de 2021 a 2023, assim como para cumprir com as ações previstas na primeira fase da agenda (todas para o ano de 2021).

Assim, em 2021, a ANPD iniciou os trabalhos para regulamentação dos seguintes temas: (i) aplicação da LGPD para microempresas, empresas de pequeno porte e empresas autodeclaradas startups (chamadas pela ANPD e a

seguir de “agentes de tratamento de pequeno porte”); (ii) normas de incidentes de segurança com dados pessoais e como comunicá-los à autoridade; (iii) norma de fiscalização; e (iv) relatório de impacto à proteção de dados pessoais.


Tais iniciativas contaram com contribuições de diversos setores da sociedade, por meio de abertura de consulta pública, tomada de subsídios e realização de reuniões técnicas.

Os processos regulatórios iniciados estão em andamento, exceto o que se refere à norma de fiscalização e aplicação de sanções pela ANPD, que já foi concluído e resultou na aprovação, em outubro de 2021, da Resolução CD/ANPD nº 1. A aprovação dessa resolução especificamente é muito bem-vinda, na medida em que os artigos da LGPD que tratam do tema também entraram em vigor recentemente, em agosto de 2021. Até então, o processo da autoridade para realização das atividades de investigação, monitoramento e aplicação de sanções ainda não estava claro e causava dúvidas recorrentes às empresas que estão buscando a conformidade com a LGPD.

Ainda, destacamos que a ANPD publicou guias orientativos que definem e exploram conceitos importantíssimos para a aplicação da LGPD em território brasileiro, como o “Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado” e o “Guia Orientativo de Segurança da Informação para os Agentes de Tratamento de Pequeno Porte”. Tais documentos, apesar do seu caráter não vinculante, representam a opinião atual da ANPD sobre determinados tópicos e, portanto, recomenda-se que sejam amplamente considerados na interpretação da LGPD.

No âmbito institucional, a ANPD firmou parcerias e assinou Acordos de Cooperação Técnica com a SENACON, o CADE, o NIC.Br e o TSE; ainda firmou um Memorando de Entendimentos com a Autoridade de Dados Espanhola, além de ingressar como membro em instituições de renome como na Rede Ibero-Americana de Proteção de Dados e como membro observador da Global Privacy Assembly. Adicionalmente, a ANPD se posicionou, por meio de notas e pareceres, sobre casos importantes como o vazamento de dados por meio do Pix e a política de privacidade do WhatsApp.

Em conclusão, o comprometimento da ANPD até o momento em atingir as metas definidas para o ano de 2021 no tocante à regulamentação dos tópicos acima mencionados, assim como a abertura do diálogo sobre proteção de dados com entidades governamentais e não governamentais, locais e estrangeiras, aponta para a construção de uma estrutura teoricamente sólida para a formação da dita “cultura de privacidade e proteção de dados pessoais”.

Quanto ao ano de 2022, não obstante os diversos temas que ainda serão explorados pela ANPD conforme a agenda regulatória, há expectativas no tocante à publicação das normas referentes aos tópicos iniciados em 2021, mas especialmente quanto ao início do processo fiscalizatório, com o primeiro ciclo de monitoramento em janeiro de 2022. Aguardemos. 



ARQUIVO PESSOAL

CAMILA CAMARGO é Advogada.



ARQUIVO PESSOAL

NAILIA FRANCO é Advogada.



FALAR LIBERTA

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

#NÃOSECALE

Queremos ouvir você.

**UMA
VOZ**

**CHAMA
OUTRA**