

# conceito jurídico

ano VI | março de 2022 | nº 63



José Pastore

Reforma trabalhista:  
cancelar não resolve

Pág. 6

 zakarewicz  
editora



## Lei nº 14.133/2021

### Firmando os passos a caminho da melhoria do processo



#### ENFOQUE

Luis Felipe Pires Alves

Proteção internacional  
dos Direitos Humanos e  
relativização do princípio  
da soberania



#### TENDÊNCIAS

Carlos Eduardo Rios do Amaral

REsp 1.977.124: Juizados  
de Violência Doméstica têm  
competência absoluta para casos  
de vítimas mulheres transexuais



#### OBSERVATÓRIO JURÍDICO

Remo Higashi Battaglia

Constituição de holding  
patrimonial por meio de  
sociedade anônima fechada

# ASSINE

# conceito jurídico

À frente dos grandes  
temas jurídicos



## 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, Arnoldo 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.**

## APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

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



zakarewicz  
editora



# Adesão do Brasil ao acordo anticorrupção da OMC será uma grande evolução

■ POR BEATRIZ PONZONI JUNQUEIRA

No mês de março, o secretário de Comércio Exterior do Ministério da Economia, Lucas Ferraz, participou de uma série de reuniões, em Genebra, em prol da adesão do Brasil ao Acordo de Compras Governamentais (ACG) da Organização Mundial do Comércio (OMC), conhecido como “acordo anticorrupção” nas regras do comércio global. A expectativa é que a adesão seja aprovada em junho, durante a conferência ministerial da OMC. Trata-se de um acordo plurilateral entre diversos membros da OMC para a abertura de mercados de contratação pública entre as partes – estabelecendo práticas de não discriminação, transparência, segurança e imparcialidade.

## **Mas o que significa, na prática, a adesão do Brasil à ACG?**

Se a adesão se confirmar, há uma demonstração do governo brasileiro de seguir as melhores práticas e padrões de conduta internacionais, de modo a possibilitar tanto que empresas estrangeiras participem do mercado de contratação pública brasileiro, quanto que empresas brasileiras participem de mercados de contratação pública estrangeiros. Assim, com a adesão, o governo brasileiro compromete-se a seguir padrões internacionais – o que inclui uma política contra corrupção em setores que historicamente acabam sendo gargalos de corrupção no Brasil. É claro que os benefícios da adesão devem ser sopesados – mas, estritamente do ponto de vista de combate à corrupção, é uma evolução.

Pelo tamanho de seu mercado, há grande interesse na adesão do Brasil ao ACG; países desenvolvidos vêm cobrando a expansão da oferta brasileira para as empresas estrangeiras poderem vender a mais empresas públicas e estados brasileiros. Nesse sentido, no fim do ano passado, o país aumentou de seis para onze o número de unidades federativas que permitirão a participação estrangeira nas compras públicas de bens, serviços e obras: agora, a oferta inclui Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul, Distrito Federal, Pará, Amazonas, Santa Catarina, Goiás, Tocantins, Rio Grande do Norte e Amapá. Vale lembrar que a adesão ao acordo não afeta empresas de pequeno e médio porte, já que a abertura é para companhias estrangeiras participarem de licitações a partir de um valor alto. ■



**BEATRIZ PONZONI JUNQUEIRA** é Advogada, graduada e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); LL.M. pela New York University School of Law (NYU) e Membro do New York Bar; especialista nas áreas de Direito Concorrencial, Compliance e Investigações, Direito Societário, Fusões e Aquisições, Propriedade Intelectual, e Direito Regulatório. Atuou como associada internacional no Baker & McKenzie em Washington, DC, EUA.

3

COM A  
PALAVRA

**Adesão do Brasil ao acordo anticorrupção da OMC será uma grande evolução**

Beatriz Ponzoni Junqueira

6

ENTREVISTA

**Reforma trabalhista: cancelar não resolve**

José Pastore

11

PAINEL DO  
LEITOR

**Os Problemas do Judiciário**

Ricardo Lima Melo Dantas

14

DIREITO E  
BIOÉTICA

**A morte anunciada de Alain Delon**

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

16

PROPOSTAS E  
PROJETOS

**O futuro dos jogos de azar no Brasil – a votação do PL 442/1991**

Ricardo de Paula Feijó e  
Daniel Maffessoni Passinato Diniz

20

CAPA

**Lei nº 14.133/2021: Firmando os passos a caminho da melhoria do processo**

Madeline Rocha Furtado

31

CAPA

**Impedimento para participar de licitação e contratar com a Administração Pública decorrente de sanção aplicada e seus desdobramentos jurídicos**

Marinês Restelatto Dotti

44

IN VOGA

**A filmagem consentida pelo adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica**

Denis Caramigo Ventura

48

CIÊNCIA JURÍDICA  
EM FOCO

**Teoria dos equivalentes implícitos – atividade de investigação criminal pelo Ministério Público – Equiparação a atividade policial – Necessidade de controle externo**

Líbero Penello de Carvalho Filho

73

DIREITO  
EMPRESARIAL

**Crédito com garantia fiduciária de terceiro: sujeição ou não à recuperação judicial do credor respectivo?**

Renata Oliveira, André Ericsson de Carvalho e Anna Carolina Simões Abrantes



76

CASOS  
PRÁTICOS

**Cristofobia, racismo e  
ultraje a culto**

Eduardo Luiz Santos Cabette

88

CONTEXTO

**Novas regras para  
investimentos das empresas  
estatais brasileira**

Walter Stuber

96

OBSERVATÓRIO  
JURÍDICO

**Constituição de *holding*  
patrimonial por meio de  
sociedade anônima fechada**

Remo Higashi Battaglia

100

VISÃO JURÍDICA

**Enriquecimento ilícito não pode  
ser presumido – Nova visão do  
art. 9º, da Lei nº 8.429/92, inciso  
VII, com a redação dada pela Lei  
nº 14.230/21**

Mauro Roberto Gomes de Mattos

127

ENFOQUE

**Proteção internacional dos  
Direitos Humanos e relativização  
do princípio da soberania**

Luis Felipe Pires Alves

134

PORTAL  
JURÍDICO

**Os 33 anos da Lei Caó**

Rômulo de Andrade  
Moreira

138

GESTÃO DE  
NEGÓCIOS

**Metaverso requer  
abordagem tecnológica do  
campo jurídico**

Nitiele Genelhu

144

CONJUNTURA

**Alíquota uniforme de  
ICMS sobre combustíveis  
e a ineficácia da Lei  
Complementar 192/2022**

Carolina Romanini Miguel

141

TENDÊNCIAS

**REsp 1.977.124: Juizados  
de Violência Doméstica têm  
competência absoluta para  
casos de vítimas mulheres  
transexuais**

Carlos Eduardo Rios do Amaral

147

DOCTRINA

**Entidades públicas de direito  
privado – ativo real líquido  
pode compensar o prejuízo  
anual**

Flavio Corrêa de Toledo Junior

151

PONTO DE  
VISTA

**Como a nova proposta da SEC  
sobre as emissões de gases de  
efeito-estufa pode afetar as  
companhias brasileiras?**

Ana Paula Alvarez Calil



*José Pastore*

## Reforma trabalhista: cancelar não resolve<sup>1</sup>

O sociólogo José Pastore é um dos acadêmicos que mais entendem de mercado de trabalho no Brasil. Formado em ciências sociais e com mestrado na área, tornou-se professor da Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo, a USP, ainda em 1977. Nos anos seguintes, atuou na assessoria técnica do Ministério do Trabalho e na Organização Internacional do Trabalho, a OIT. Em 1989, obteve o doutorado honoris causa pela Universidade do Wisconsin, nos Estados Unidos. Aos 86 anos, ele divide seu tempo fazendo pesquisas em sua casa, na capital paulista, e dando aulas na Fundação Instituto de Administração da USP. Também é presidente do Conselho de Empregos e Relações do Trabalho da Federação do Comércio de São Paulo. Pastore é um dos principais defensores da reforma trabalhista aprovada em 2017, durante o governo de Michel Temer. Tão logo o PT começou a defender a revogação do texto, ergueu a voz para esclarecer que a reforma não retirou nenhum direito existente na Constituição, apenas alguns benefícios antiquados que constavam na Consolidação das Leis do Trabalho, a CLT. Confira!

**CONCEITO JURÍDICO** – *Qual a sua recomendação sobre os clamores petistas para que a reforma seja revista, como fez o primeiro-ministro espanhol, o socialista Pedro Sánchez?*

**JOSÉ PASTORE** – Os espanhóis querem transformar o emprego temporário e de pior qualidade em um emprego por prazo indeterminado, com salário alto. Querem impedir que as construtoras demitam um pedreiro que trabalhou em uma obra recém-acabada e o coloquem em outro canteiro. Mas a lei não tem força, sozinha, para fazer essa transformação. Será preciso que as empresas tenham as condições econômicas para realizar isso.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Como estará o emprego no Brasil em outubro, mês da eleição?*

**JOSÉ PASTORE** – Tenho feito algumas previsões condicionadas ao comportamento do coronavírus. Se a pandemia seguir obrigando as pessoas a se isolarem, com as empresas enfrentando um absenteísmo enorme, aí não dá para prever muita

coisa. Mas, pelas conversas que tenho tido com epidemiologistas, acho que o vírus vai dar sossego a partir de março. Se isso acontecer, teremos em 2022 um panorama bem melhor que o de 2021. Algumas coisas já foram contratadas e terão de acontecer de qualquer jeito. O Brasil fez várias concessões de portos, aeroportos, estradas e sistemas de tecnologia 5G. Todas essas obras embutem compromissos para ampliar e modernizar a infraestrutura existente. Algumas obras de construção civil e construção pesada já começaram, o que deve melhorar os índices de emprego. Como estamos em ano eleitoral, várias obras federais que estavam paradas passaram a ser tocadas a pleno vapor, como casas populares, barragens, diques e sistemas de transposição de água. Além disso, os cofres dos estados e dos municípios estão lotados. Governadores e prefeitos estão com um superávit incrível e estão tocando construindo e reformando escolas, foros, hidrovias e hospitais. O agronegócio e o setor de mineração estão indo muito bem, com as exportações seguindo fortes. Nas cidades rurais, o agronegócio gera muitos empregos em seu entorno, em comércio, serviços, educação e segurança. Por fim, os programas de transferência de renda como o Auxílio Brasil devem melhorar o consumo, o que também contribui para gerar empregos.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Qual será a taxa de desemprego no final do ano?*

**JOSÉ PASTORE** – Se não tivermos outra variante atrapalhando minhas previsões, podemos pensar numa taxa de 10,5% ou 11%. Historicamente, o Brasil tem enfrentado um problema sério de desemprego, em torno de 7% a 8%. São taxas altas. Temos muita gente precisando de renda. O desafio não é que a população está crescendo, mas que o emprego está diminuindo. A economia brasileira está encolhendo. A previsão deste ano, na melhor das hipóteses, é de um aumento de 0,5% do PIB. Isso é ridículo, não dá para gerar emprego com a quantidade e a qualidade que os brasileiros precisam.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Os empregos que serão criados até o final do ano são piores do que aqueles que existiam no passado?*

**JOSÉ PASTORE** – O principal problema é que temos um alto índice de informalidade, na casa de 30%. Com a pandemia, muitas empresas demitiram pessoal. As firmas só voltarão a contratar novamente, de maneira formal, se sentirem que a demanda por bens e serviços ganhou firmeza. Não chegamos a esse ponto ainda. Por essa razão, as pessoas ainda têm de se virar na informalidade. Vendem pastel na rua, trabalham de biscateiro, consertam televisão, pintam uma casa, fazem uma obra clandestina. É esse o Brasil que conhecemos.

**CONCEITO JURÍDICO** – *O PT tem dito que a reforma trabalhista retirou direitos dos trabalhadores. Essa crítica faz sentido?*

**JOSÉ PASTORE** – A reforma trabalhista de 2017 manteve todos os direitos dos trabalhadores que estão na Constituição, sem exceção. Além disso, preservou quase todos os direitos que estão na Consolidação das Leis do Trabalho, a CLT. Apenas um ou outro direito antiquado da CLT foi revogado. Havia, por exemplo, o artigo 384, segundo o qual as mulheres tinham de descansar por 15 minutos antes de iniciar uma hora extra. Esse dispositivo só fazia sentido na década de 1940, quando as mulheres carregavam sacos nas costas, faziam serviços pesados. Isso agora seria impraticável. Imagine uma enfermeira tendo de parar por 15 minutos no meio de uma transfusão de sangue de um paciente. A reforma trabalhista também revogou o artigo 792, que dizia que a mulher casada precisava de autorização do marido

para entrar na Justiça do Trabalho. Era outro absurdo. O que a reforma fez, de fato, foi permitir que empregados e empregadores possam negociar o que quiserem em uma lista de 15 direitos. Se eles chegam a um acordo, então isso se sobrepõe à lei. Caso contrário, tudo continua como antes. Teve empresa em que os trabalhadores diminuíram a hora de almoço em 15 minutos, para poderem ir para casa 15 minutos mais cedo. Mas a CLT também estabelece que outros 30 direitos são inegociáveis. Esses, o patrão deve cumprir de qualquer maneira.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Qual a sua opinião com relação a outra crítica do PT em que a reforma trabalhista não gerou empregos.*

**JOSÉ PASTORE** – Nenhuma lei tem força para gerar empregos. Se fosse assim, todo governante, assim que empossado, mandaria ao Congresso um projeto de lei extinguindo o desemprego. O que gera postos de trabalho é investimento e crescimento econômico. O Brasil tem dificuldade de criar vagas porque passou por uma sucessão de problemas, como várias recessões, períodos de inflação alta, o desastre em Brumadinho, em Mariana, a pandemia.

**CONCEITO JURÍDICO** – *A lei da terceirização contribuiu para precarizar o trabalho?*

**JOSÉ PASTORE** – É importante falar sobre isso. No início de 2017, foi aprovada uma lei da terceirização, que tinha alguns defeitos. Mas a reforma trabalhista, que chegou em julho daquele ano, corrigiu suas falhas. A reforma estabeleceu que uma empresa que terceiriza uma função deve prover aos contratados da firma terceirizada transporte, assistência médica, refeição, treinamento e instalações sanitárias. O trabalhador terceirizado ganhou vários direitos e proteções que antes não existiam. Com a reforma, a terceirização tornou-se um processo muito mais humano e civilizado.

**CONCEITO JURÍDICO** – *O PT tem usado o decreto de Pedro Sánchez, primeiro-ministro espanhol, como um exemplo a ser seguido. A ideia dele é revogar parte das reformas trabalhistas de 2010 e 2012. Há realmente algo que possa servir de inspiração ao Brasil?*

**JOSÉ PASTORE** – A situação dos dois países é diferente. A Espanha fez duas reformas trabalhistas para responder à crise financeira mundial, de 2008 e 2009. Naqueles anos, os espanhóis perceberam que não teriam como dar empregos para todos e criaram várias modalidades de trabalho picadinho: por dia, por obra, por tarefa. Ao fracionar tudo, os trabalhadores perderam algumas proteções. Esse não é o caso do Brasil, onde os direitos foram protegidos nas modalidades como o trabalho intermitente ou de tempo parcial. Agora, os espanhóis querem transformar o emprego temporário e de pior qualidade em um emprego por prazo indeterminado, com salário alto. Querem impedir que as construtoras demitam um pedreiro que trabalhou em uma obra recém-acabada e o coloquem em outro canteiro. Mas a lei não tem força, sozinha, para fazer essa transformação. Será preciso que as empresas tenham as condições econômicas para realizar isso. Esse será um desafio grande para as companhias espanholas. Para os brasileiros, o melhor seria aguardar para ver se o decreto espanhol será aprovado pelo Congresso e, então, esperar mais dois, três ou quatro anos para ver se a lei vingará.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Uma suspeita é a de que o PT quer revogar a reforma trabalhista para aumentar o poder dos sindicatos, que são sua base de apoio. O decreto do Pedro Sánchez fez algo parecido?*

**JOSÉ PASTORE** – Há um artigo que tenta reverter a situação criada pelas reformas

anteriores, de 2010 e 2012. O decreto quer que as convenções coletivas, que são comandadas pelos sindicatos e abrangem toda uma categoria, como a dos bancários ou a dos metalúrgicos, prevaleçam sobre os acordos selados entre as diferentes empresas e seus funcionários.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Qual tem sido o impacto da reforma trabalhista brasileira nos sindicatos?*

**JOSÉ PASTORE** – Nossa reforma diz que os acordos entre empregados e empregadores prevalecem sobre as convenções, assim como as reformas espanholas de 2010 e 2012. É algo que faz todo sentido e que tem gerado uma revolução. Nas antigas convenções, os sindicatos costumavam acordos sobre benefícios para toda uma categoria. Mas, na prática, a heterogeneidade da indústria é tão grande, que às vezes um direito não podia ser aplicado a determinadas empresas ou certas camadas de trabalhadores. O que vale para uma montadora de veículos pode ser inadequado para uma fábrica de parafuso de fundo de quintal. Muitas companhias com menos recursos não tinham como cumprir com as exigências das convenções e colocavam seus empregados na informalidade, sem benefício algum. Como agora tudo é feito caso a caso, as negociações se tornaram mais realistas.

**CONCEITO JURÍDICO** – *E essas negociações têm sido produtivas?*

**JOSÉ PASTORE** – Pelo que estou acompanhando, os trabalhadores estão gostando disso. Eles estão conseguindo colocar mais gente com contratos formais, com todas as proteções. Há uma percepção clara de que as negociações trazem ganhos para os funcionários. Antigamente, ninguém ia nas assembleias dos sindicatos para acompanhar as reuniões com os empregadores. Da mesma forma, ninguém sabia o nome do diretor do sindicato. Mas todos tinham um dia de salário por ano retirado de maneira compulsória. O destino desse dinheiro não era conhecido. Agora, com a internet e o WhatsApp, a quantidade de empregados que segue atentamente essas assembleias é enorme. Os trabalhadores também perceberam que, quando o sindicato consegue alguma coisa, isso os beneficia. Muitas organizações começaram a cobrar uma contribuição voluntária para custear as despesas das negociações, e não há contestação alguma. A reforma trabalhista e a internet provocaram uma mudança tremenda nesse mundo. Aquele sindicato meio pelego se deu mal, mas os bons sindicatos estão sendo fortalecidos. Há uma reanimação da atividade sindical no Brasil.

**CONCEITO JURÍDICO** – *O que ainda precisaria ser aprimorado na legislação trabalhista brasileira?*

**JOSÉ PASTORE** – Uma coisa muito urgente é criar regras para quem trabalha por aplicativo. Esse trabalho está sendo desumano. Essas pessoas não têm direito algum. Acho que a sociedade brasileira não está aceitando ver esses motoqueiros andando como malucos pelas ruas para ganhar um dinheirinho, sem ter qualquer proteção. Se eles se arrebentam num poste, ninguém responde por eles. Também não contam com previdência social, nada. Só podem apelar para o Sistema Único de Saúde, o SUS. Isso precisa ser consertado com urgência. 🇧🇷

## NOTA

- 1 Entrevista concedida por José Pastore, realizada por Crusoé - Uma Ilha no Jornalismo, em 4 de fevereiro de 2022.





- Cinema, Saúde e Direito
- Pessoas em Situação de Rua
- Crianças e Adolescentes  
Vítimas de Violência Familiar

**50%**  
desconto

De R\$ 299,00  
Por R\$ **149,50**



<https://zk-editora.lojaintegrada.com.br/livros>



# Os Problemas do Judiciário

■ POR RICARDO LIMA MELO DANTAS

**“O Poder que vem se prestando a ser o grande ‘moralizador’ da República tem problemas severos e variados em suas entranhas. E isso deveria ser corrigido justamente pelo Legislativo e pelo Executivo... Assim, não se veem muitas soluções no horizonte.”**

**A** República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. Vivemos num Estado Democrático de Direito que é formado pelos seguintes Poderes, “independentes e harmônicos entre si”: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (arts. 1º e 2º da CF/1988). Quer dizer, abraçamos, como a quase totalidade dos países civilizados, a teoria da separação dos poderes de Montesquieu<sup>1</sup>.

Sucedem que nosso Judiciário vem desbordando, e muito, da sua missão institucional de solucionar conflitos. Quer dizer, o Poder que deveria zelar para que houvesse segurança jurídica no país, além de funcionar como aparador de eventuais arroubos autoritários dos outros dois Poderes, passou a atuar como verdadeiro protagonista da vida cotidiana. Hoje em dia é preciso nos indagarmos, mesmo no recôndito do lar, se algo que fazemos é ou não constitucional, segundo o último julgado do Supremo Tribunal Federal. É espantoso.

Primeiramente, anoto um dado muito positivo: os cargos da magistratura são preenchidos por “concurso público de provas e títulos” (art. 93, inciso I, da CF/1988). Isso qualifica (na entrada) as pessoas que compõem o Judiciário. Mas, a aprovação em concurso não pode ser uma espécie de ‘livre arbítrio’. Dali em diante compete aos juízes aplicarem as leis, aprovadas pelo Legislativo e sancionadas pelo Executivo. E apenas num caso ou noutro, verificando alguma ilegalidade ou inconstitucionalidade, deixar de observá-las.

Ocorre que, mesmo que haja excelentes juízes (preparados, ponderados e trabalhadores), infelizmente vemos, no dia a dia da militância advocatícia, que uma considerável parte dos magistrados

passou no concurso e ‘pendurou as chuteiras’. Quer dizer, deixou de se dedicar continuamente aos estudos, de modo que seu saber, verificado por concurso, em alguns anos mostra-se defasado. Há ainda aqueles que não aparecem para trabalhar, uma vez que suas Excelências, diferentemente dos mortais servidores públicos, não precisam cumprir controle de ponto. Mas, os piores de todos são os autoritários, sem dúvidas. Aqueles que usam o peso da toga para intimidar partes, testemunhas e até o advogado, escondendo assim a falta de humildade e sabedoria, colocando a perder a imparcialidade e a própria prestação jurisdicional, já que não resolvem conflitos, na verdade criam novos.

Logo que me formei começou a valer a afamada Emenda Constitucional 45, que passou a exigir 3 anos de ‘atividade jurídica’ (após a formatura) dos candidatos ao cargo de juiz. À época não vi muito sentido nisso. Mas, hoje, depois de 18 anos na advocacia, vejo que os 3 anos são muito pouco. É preciso que os magistrados sejam pessoas mais experientes, mais vividas. A tendência daqueles jovens que alcançam em tenra idade o aludido cargo, que é vitalício, é cometer mais equívocos, por falta de sabedoria de vida. Vejam: terão que julgar divórcios, guarda de crianças, problemas relacionados a aposentadorias, processos penais, questões societárias/empresariais e uma miríade de conflitos tributários. Em suma, há um sem-número de causas que demandam vivência naquilo que se julga.

Depois, passado um tempo na carreira, ascendem aos Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais (ou do Trabalho, ou Militares, ou Eleitorais). Ali, com algumas exceções, o trabalho parece ser terceirizado de vez aos assessores do respectivo gabinete. O nível de análise do caso concreto, levado ao Tribunal via de um recurso, é paupérrimo. Inúmeros são os desembargadores que sequer atendem advogados, quando isso é uma prerrogativa da classe, prevista em lei (art. 7º, inciso VIII, da Lei 8.906/1994)! Enfim, o processo que é mal julgado em 1ª Instância corre um enorme risco de ser igualmente mal apreciado no Tribunal, perpetuando-se injustiças. Essa é uma realidade empírica e triste.

Existe ainda um dado muito ruim sobre a composição dos referidos Tribunais: o chamado ‘quinto constitucional’ (art. 94 da CF/1988). Formam-se listas nas classes do Ministério Público (com mais de dez anos de carreira) e de advogados (com ‘notório saber jurídico’, ‘reputação ilibada’ e mais de dez anos de efetiva atividade profissional), que são enviadas ao Poder Executivo, para escolha daquele que preencherá o cargo de desembargador. Em suma, uma pessoa não concursada para a magistratura passa a ser o julgador dos casos em 2ª Instância (e isso corresponde a um quinto das vagas disponíveis nos Tribunais). A ideia seria ‘oxigenar’ a magistratura e trazer ‘representatividade’ de outros atores que atuam no Judiciário. Porém, obviamente, a indicação em tela acaba sendo apenas política.

Já o Superior Tribunal de Justiça (STJ) compõe-se de 33 ministros: um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais; um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça; e um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente. Enquanto isso o Supremo Tribunal Federal (STF) compõe-se de 11 ministros. Para ser ministro do STJ e STF os requisitos são: ser cidadão com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, ter ‘notável saber jurídico’ e ‘reputação ilibada’ (arts. 101 e 104 da CF/1988). Eles serão nomeados pelo presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria

absoluta do Senado Federal. Percebam, pois, que a indicação aqui é inteiramente política, tanto ao STJ quanto ao STF. Pior, no caso do STF os ministros sequer precisam ser formados em Direito – e estamos falando da mais alta Corte do país!

Repare que, desde a instituição da República em 1889, apenas 5 nomes foram rejeitados pelo Senado Federal para o cargo de ministros do STF – todos durante o governo Floriano Peixoto (1891 a 1894)<sup>2</sup>. Ou seja, já se vão 128 anos sem que o sabatinado seja rejeitado! E é desta forma que os Presidentes se veem muito confortáveis para colocar ali alguém de sua extrema confiança (pessoal). Tanto é assim que, desde nossa redemocratização em 1988, dos 26 ministros que assumiram vagas no STF: 8 ocupavam cargos no Executivo quando foram indicados, grupo do qual fazem parte 3 ex-advogados-gerais da União (Dias Toffoli, Gilmar Mendes e André Mendonça), 4 ex-ministros da Justiça (Paulo Brossard, Maurício Correa, Nelson Jobim e Alexandre de Moraes) e 1 ex-ministro das Relações Exteriores (Francisco Rezek)<sup>3</sup>. Então, é preciso ter com clareza que a escolha é somente política.

Assim é que a aplicação do Direito sofre, desde a 1ª Instância até o STF, por problemas variados, que vão desde a falta de maturidade à falta de conhecimento técnico. Além dos julgamentos movidos inteiramente por interesses políticos, como decorrência lógica da própria composição dos Tribunais Superiores no país. Mas, existem outros problemas.

Conforme reportagem do Correio Brasiliense, veiculada em 23/09/2019<sup>4</sup>, considerados os ‘penduricalhos’, 65% dos juízes no Brasil ganham acima do teto de R\$39,3 mil. Quer dizer, ganham mais que os ministros do STF e muito mais que o presidente da República, cujo subsídio é de R\$30,9 mil. Dentro de um embrulho chamado ‘verbas indenizatórias’ há uma grande variedade de acréscimos no contracheque dos magistrados, tais como: auxílio-moradia, auxílio-paletó, ajuda de custo, auxílio-livro, gratificação por serviço extraordinário, gratificação por serviço cumulativo, gratificação por substituição etc.

Em suma, o Poder que vem se prestando a ser o grande ‘moralizador’ da República tem problemas severos e variados em suas entranhas. E isso deveria ser corrigido justamente pelo Legislativo e pelo Executivo... Assim, não se veem muitas soluções no horizonte. 🇧🇷

## NOTAS

- 1 [https://pt.wikipedia.org/wiki/Separa%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_poderes](https://pt.wikipedia.org/wiki/Separa%C3%A7%C3%A3o_de_poderes)
- 2 [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalCuriosidade/anexo/Notas\\_sobre\\_o\\_Supremo\\_Tribunal\\_2014\\_eletronica.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalCuriosidade/anexo/Notas_sobre_o_Supremo_Tribunal_2014_eletronica.pdf)
- 3 <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/05/14/sete-dos-25-indicados-ao-stf-sairam-do-executivo.htm>
- 4 [https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2019/09/23/inter-nas\\_economia,783859/com-penduricalhos-65-dos-juizes-ganham-acima-do-teto-de-r-39-3-mi.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2019/09/23/inter-nas_economia,783859/com-penduricalhos-65-dos-juizes-ganham-acima-do-teto-de-r-39-3-mi.shtml)



**RICARDO LIMA MELO DANTAS** é Advogado, formado na Faculdade de Direito de Franca/SP, pós-graduado em Direito Tributário pelo IBET e também em Gestão de Tributos pela FUNDACE/USP. Especialista em Privacidade e Proteção de Dados com certificação pela Data Privacy Brasil. Militante desde 2006 nas mais diversas áreas relacionadas à atividade empresarial, com ênfase em Direito Tributário, Direito Penal Econômico, Direito Ambiental e LGPD.



# A morte anunciada de Alain Delon

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

**“Muitas são as cunhas que cabem neste tema. Embora não se cogite a prática no país, é importante a comunidade tomar conhecimento de outra perspectiva de final de vida.”**

**G**ostaria de agradecer a todos que me acompanharam ao longo dos anos e me deram grande apoio, espero que futuros atores possam encontrar em mim um exemplo não só no local de trabalho, mas na vida de todos os dias, entre vitórias e derrotas.<sup>1</sup>

O ator Alain Delon, ícone do cinema francês e imortalizado em razão de seu desempenho em inúmeros filmes, publicou a mensagem acima de despedida, não das telas, que já havia abandonado em 2017, mas da própria vida. Anunciou que, em razão de uma doença que o obriga a inúmeras limitações, decidiu praticar o suicídio assistido, na Suíça, país em que tal prática é permitida desde 1942, a ser organizado pelo seu filho Anthony Delon.

A finitude da vida, um tema que vem rompendo com preconceitos estigmatizados, ganha corpo e passa a frequentar a conversa do dia a dia e, apesar de não possuir uma legislação ordinária a respeito no Brasil, conta com resoluções do Conselho Federal de Medicina para disciplinar o procedimento ético do final da vida humana. Basta ver as regulamentações feitas a respeito da ortotanásia, dos cuidados paliativos e das diretivas antecipadas, seguindo o roteiro do princípio da dignidade da pessoa humana, preconizado na Constituição Federal.

A morte surge, desta forma, como tema central e até mesmo natural, apesar de o homem resistir a travar discussão a respeito. O anseio das pessoas é ter uma morte rápida, sem sofrimento e, logicamente, após ter exaurido a vida em sua intensidade. Sêneca, na antiguidade do Império Romano, já proclamava que morrer bem significa escapar vivo do risco de morrer doente e, principalmente, quando a pessoa for abandonada à morte amarga (*amarae morti ne trada nos*).

Nenhuma dúvida paira a respeito da higidez mental do ator francês quando verbalizou sua vontade. Sua decisão foi rapidamente propagada pelo mundo, detonou sentimentos favoráveis e contrários




e tocou o cerne da finitude humana, criando um labirinto de dúvidas e incertezas. A respeito do tema pode-se dizer que há inúmeros argumentos favoráveis e contrários à opção da escolha do processo de morrer.

Em países onde a prática é legalizada, como na Suíça, por exemplo, um dos requisitos é o sofrimento intolerável, sem qualquer perspectiva de alívio. No Estado de Oregon, nos Estados Unidos, a lei permissiva do suicídio assistido estabelece as seguintes condições: a) o paciente deve ter um prognóstico de vida de seis meses ou menos; b) o requerimento do paciente deve ser feito por escrito e repetido depois de quinze dias de período de espera; c) o paciente deve ser racional e mentalmente competente. Sua capacidade de julgamento não deve estar afetada por depressão clínica ou outras desordens mentais; d) deve-se obter uma segunda opinião médica; e) o paciente deve ter capacidade para ingerir por si mesmo, sem ajuda, a medicação.

O direito de autodeterminação se faz presente no suicídio assistido. A autonomia do ser humano possibilita a tomada de decisões de acordo com sua vontade, com exceção dos casos de colidência com interesses maiores e tutelados legalmente. O morrer com dignidade compreende, em situação de sofrimento interminável, transferir a um profissional da saúde não o direito à sua própria vida, mas sim a renúncia ao direito de continuar vivendo em situação angustiante. Já advertia Camus: “Matar-se, em certo sentido, e como no melodrama, é confessar. Confessar que fomos superados pela vida ou que não a entendemos”.<sup>2</sup>

No Brasil, é terminantemente proibida a prática do suicídio assistido em razão da norma incriminadora disposta no artigo 122 do Código Penal, que pune a modalidade de prestar auxílio ao suicida, compreendendo aqui o fornecimento ou a viabilização dos meios necessários para a prática do ato. Não se confunde com a eutanásia, que é o ato pelo qual o agente pratica um ato específico para colocar fim à vida humana, em razão da irreversibilidade da doença. Na realidade, no suicídio ajudado, a pessoa solicita a um terceiro a colaboração quanto ao meio de atingir seu objetivo, sendo que a ação é do próprio interessado. Pessini, bioeticista com refinada agudeza de espírito, foi incisivo: “No suicídio medicamente assistido, envolve a participação de um médico, na provisão, mas não na administração direta para ajudar a pessoa a abreviar sua vida”.<sup>3</sup>

Muitas são as cunhas que cabem neste tema. Embora não se cogite a prática no país, é importante a comunidade tomar conhecimento de outra perspectiva de final de vida. 

## NOTAS

- 1 <https://www.istoedinheiro.com.br/alain-delon-deixa-mensagem-de-despedida-antes-de-eutanasia-assistida/>
- 2 Camus, Albert. O Mito de Sísifo. Tradução de Ari Roitman e Paulina Watch. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 19.
- 3 Pessini, Leo. *Eutanásia – porque abreviar a vida?* São Paulo: Loyola, 2004, p.127.



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

# O futuro dos jogos de azar no Brasil – a votação do PL 442/1991

■ POR RICARDO DE PAULA FEIJÓ E DANIEL MAFFESONI PASSINATO DINIZ

**“Nos próximos meses, o debate político sobre o tema será incandescente e cabe ao público estar atento às discussões e contribuir para essa pauta tão sensível e relevante, que pode atrair investimentos, gerar arrecadação, inovação e fortalecer diversos setores da indústria brasileira.”**



**O**s jogos de azar são milenares, tal qual o gamão. As manifestações artísticas populares refletem o desejo de muitos povos acerca da atividade de apostas e no Brasil não é diferente. Como exemplo, no século XIX, a criação do Jogo do Bicho pelo Barão de Drummond (então proprietário do zoológico do Rio de Janeiro).

Há muito tempo, portanto, se observa e discute no Brasil a respeito dos cassinos e de sua proibição, sendo essa discussão sempre mais intensa quando o país atravessa momentos de crise.

Por estarmos em um momento de dificuldades econômicas, o tema da liberação dos cassinos e dos jogos de azar está novamente em pauta.

A grande novidade no tema são os andamentos recentes do Projeto de Lei nº 442/1991, que busca regulamentar a exploração dos jogos de azar em todo o país. Depois de muitos anos parado, o PL voltou a movimentar em 2021, com a criação de um Grupo de Trabalho pelo Presidente da Câmara dos Deputados, para aprimorar o projeto.

O resultado foi a apresentação de uma nova proposta de lei e a aprovação do regime de urgência no final de dezembro de 2021, sendo, com isso, muito provável que a discussão do projeto pelo plenário da Câmara dos Deputados ocorra já no início do ano corrente. A seguir indicamos, ainda que brevemente, os pontos mais importantes desse novo PL.

A principal alteração em relação aos demais projetos existentes é a previsão de que os jogos de azar constituem uma atividade econômica privada sujeita à livre iniciativa e ao controle do Estado. Não se trata mais de um serviço público, tal como as loterias. Essa nova caracterização da atividade torna o regime jurídico dos jogos de azar mais aberto para inovações e menos restrito por ideias arcaicas. É uma importante mudança para permitir um projeto sério e competitivo.

Apesar de não ser serviço público, o Poder Público ainda vai manter intenso controle e fiscalização sobre as atividades relacionados com os jogos de azar. Caberá ao Estado a formulação de uma política nacional para organizar o mercado, bem como emitir normas para regulamentar, controlar e fiscalizar essa atividade. No exercício dessa função, deverão ser emitidas normas para, dentre outros assuntos, prevenir e tratar os transtornos e comportamentos associados aos distúrbios com jogos e apostas, proteger os jogadores contra práticas abusivas e prevenir o uso de jogos para práticas de crimes, como sonegação fiscal, lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo.

Além disso, o Poder Público irá licenciar as empresas que pretendem explorar jogos e registrará as pessoas que serão agentes de jogos e os estabelecimentos em que ocorrerá a exploração dessa atividade.

Portanto, será realizado o controle sobre as empresas que desejarem explorar jogos de azar, sendo necessário comprovar requisitos que demonstrem a idoneidade e seriedade das empresas. De igual modo, o PL prevê requisitos mínimos para que uma pessoa possa exercer função de coordenação, condução ou mediação de jogos, tal como a aprovação prévia em exames de certificação técnica e ética e a comprovação de não possuir condenação por determinados crimes, como lavagem de dinheiro e improbidade administrativa.

As licenças poderão ser concedidas em caráter permanente ou de forma provisória. Elas serão limitadas a um número máximo de operadoras, que estarão condicionadas à atuação em zonas de jogos previamente definidas, e devem ser precedidas de leilões ou outras formas de disputas pelas licenças.

Quanto às modalidades de jogos, o PL prevê a autorização para explorar as seguintes atividades: (1) jogos de cassino; (2) jogos de bingo; (3) jogos de vídeo bingo; (4) jogos on-line; (5) apostas turfísticas; e (6) jogo do bicho.

Em sua versão mais recente, o PL não tratou das apostas esportivas, que é uma modalidade de loteria prevista na Lei nº 13.756/2018 e pode ser explorada tanto pela loteria federal quanto pelas loterias estaduais.

O PL prevê que os cassinos serão explorados exclusivamente junto a complexos integrados de lazer, construídos especificamente para esse fim. Entende-se como complexo de lazer hotéis com, pelo menos, 100 quartos, locais para realização de reuniões e eventos sociais, restaurantes e bares, e centros de compras. O cassino ocupará, no máximo, 20% da área total construída do complexo de lazer.

Os Estados com mais de 25 milhões de habitantes, como São Paulo, poderão ter 3 cassinos. Já os Estados com mais de 15 milhões (Minas e Rio de Janeiro) poderão ter dois cassinos e os demais Estados poderão ter apenas um cassino em seu território.

Caberá aos Estados e Distrito Federal indicarem a localidade do cassino, que será posteriormente avaliado pelo Poder Executivo Federal. A decisão quanto à escolha do local deverá privilegiar a localização que incrementar a indústria do turismo.

O credenciamento do cassino será realizado por meio de leilão público, de acordo com a melhor oferta. O seu prazo será de 30 anos, renovável por igual período.

Por sua vez, as casas de bingo poderão explorar bingo de cartelas ou bingos eletrônicos, incluindo vídeo-bingos. Elas poderão possuir, no máximo, 400 máquinas. O PL admite uma casa de bingo para cada 150 mil habitantes no Município em que o estabelecimento funcionar. Cada casa terá uma autorização pelo prazo de 20 anos, renovável por igual período.

Ainda, poderão ser explorados o bingo eletrônico e o vídeo-bingo em estádios com capacidade acima de 15.000 torcedores ou em jôqueis clubes. Essa é uma novidade que permitirá uma fonte de receita alternativa para os clubes esportivos e para os Jôqueis Clubes brasileiros.

Já o jogo do Bicho poderá ser explorado sem limitações de operadores, mas ele será limitado ao território do Estado em que se localiza o operador. Isto é, uma casa de jogo do bicho do Paraná não poderá aceitar apostas de outros Estados. O jogo do bicho será autorizado pelo prazo de 20 anos, renovável por igual período.

Quanto aos jogos de azar on-line, sua exploração será regulamentada pela Secretaria de Avaliação, Planejamento, Energia e Loteria do Ministério da Economia. Ou seja, não há muita definição sobre o tema no PL.

O PL prevê ainda uma série de obrigações para os operadores de jogos para garantir a licitude e idoneidade da exploração dos jogos de azar. Seguindo padrões internacionais, exige-se intenso controle e transparência sobre as informações financeiras e técnicas, para garantir a fiscalização adequada e impedir a prática de crimes.

Além disso, o projeto possui capítulos específicos tratando de regras a respeito do Jogo Responsável, da publicidade, e da prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento ao terrorismo internacional. Com isso, busca-se prevenir a prática de atos normalmente associados com a exploração de jogos de azar.

No que diz respeito à tributação, o PL prevê a instituição de uma CIDE-JOGOS, que é uma contribuição de intervenção no domínio econômico, cujo valor é de 17% sobre a receita bruta auferida pela exploração dos jogos. A receita bruta é o resultado da diferença entre o valor arrecadado e o valor pago em prêmios.

Os valores arrecadados terão a seguinte destinação:

- 10% para Embratur
- 10% para financiar programas e projetos na área do esporte
- 6% para financiamento de programas e ações no âmbito da Política Nacional de Proteção de jogadores e apostadores
- 6% para financiar programas e ações de saúde relacionadas a ludopatia
- 6% para o Fundo Nacional de Segurança Pública
- 10% para o Fundo Nacional da Cultura; e 6% para o fundo Nacional da Criança e do Adolescente
- 20% para o Fundo de Participação dos Estados
- 20% para o Fundo de Participação dos Municípios.

As casas de apostas também deverão pagar uma Taxa de Fiscalização de Jogos e Apostas (TAFIJA), que é um valor fixo trimestral de acordo com a modalidade explorada. Por exemplo, os bingos pagarão 20 mil reais e os cassinos 600 mil reais. Esse valor é destinado para financiar a fiscalização dessas atividades.

Já os prêmios cujo valor seja superior a dez mil reais serão tributados com imposto de renda de 20%.

Esse é o panorama geral da versão mais recente do PL 442/1991. A partir da discussão em plenário, muitas mudanças deverão ocorrer.

Entendemos que a mudança mais relevante que deve ocorrer é a alteração da limitação de cassinos e bingos por Estados. Essa é uma sistemática que não privilegia a iniciativa privada e a livre concorrência nem resolve o problema do jogo ilegal. Autorizar poucos cassinos não gera incentivos para o desenvolvimento da indústria, não atende ao mercado consumidor e não suprime o mercado ilegal, tornando-se uma medida insuficiente para os objetivos do PL. Por isso, imprescindível que o PL deixe de prever limite para número de cassinos e apostas.

Diversas outras mudanças são necessárias para aperfeiçoar o PL e garantir que ele efetivamente regulamente os jogos de azar de forma a garantir a prevenção da lavagem de dinheiro e do jogo patológico, ao mesmo tempo em que proporciona ambiente adequado para o desenvolvimento dessa atividade.

Nos próximos meses, o debate político sobre o tema será incandescente e cabe ao público estar atento às discussões e contribuir para essa pauta tão sensível e relevante, que pode atrair investimentos, gerar arrecadação, inovação e fortalecer diversos setores da indústria brasileira. 🇧🇷



**RICARDO DE PAULA FEIJÓ** é Advogado. Mestre em Direito do Estado (UFPR). Autor do Livro Regulação dos Jogos de Azar e das Loterias no Brasil e de diversos artigos jurídicos.



**DANIEL MAFFESSIONI PASSINATO DINIZ** é Advogado. Professor de Direito Empresarial.



# Lei nº 14.133/2021: Firmando os passos a caminho da melhoria do processo

■ POR MADELINE ROCHA FURTADO

**“Partindo da ideia de que os órgãos já estão instituindo grupos de servidores responsáveis para implementar as diretrizes da nova Lei, alguns passos podem ser destacados, assim, este trabalho busca trazer, sem a intenção de exaurir, um rol de possibilidades em que poderão se desenvolver atividades que auxiliarão no sentido de preparar o caminho a ser trilhado com a nova Lei.”**

**A** Lei nº 14.133/2021 trouxe muitas novidades, pode se dizer que há com esse estatuto um novo modelo de gestão nas aquisições públicas. Este novo modelo transcende diversas áreas da organização, ressalta pontos que mesmo existentes estavam obscuros. A Lei passeia por todo o processo de contratação desde o tão enigmático planejamento até o gerenciamento do contrato e o controle.

Durante esse período frente às dezenas de capacitações com diversos órgãos de todas as esferas de governo, treinando e aperfeiçoando gestores públicos com variadas funções, percebe-se que a maior dificuldade na compreensão da Lei, não é a própria Lei, é todo o aparato que a cerca.

O que se percebe é que alguns agentes públicos por não dispor de uma visão sistêmica do processo de contratação, acaba sentindo mais dificuldade para dimensionar o efeito de seus dispositivos no processo como um todo. Aliada a essa percepção, constata-se que a demora nas regulamentações, em especial, aquela que permitirá a licitação imediata por meio das novas modalidades previstas<sup>1</sup>, e a própria demora na implementação do PNCP- Portal Nacional de Contratações Públicas, bem como, o atraso na disponibilização do Sistema de Registro Cadastral Único fazem com que os futuros operadores da Lei fiquem desestimulados na busca da sua compreensão hoje. Deste modo, se continuar esse panorama por mais prazo, restará pouquíssimo tempo para a Administração internalizar as novas regras.

Entretanto, em que pese a regulamentação tardia, é preciso compreender que existem diversos dispositivos que devem ser internalizados, de forma gradual até a data final para implementação da Lei. Como o prazo continua correndo, e, a cada dia, é menos um dia para incorporá-la, é preciso então, trabalhar naquilo que se pode desenhar para implementação do processo.

Desta forma é possível imediatamente separar duas situações: são dois, os impactos diferenciados nos órgãos que irão utilizar a nova Lei; um impacto menor para os órgãos federais que já utilizam a Instrução Normativa nº 05/2017 e outro maior para os demais órgãos da Administração Pública que não utilizam tais parâmetros. Isto porque, quando se trata dos órgãos federais sejam eles pertencentes ou não ao Poder Executivo, a cultura interna administrativa voltada para as licitações e contratos, nos mostra um nível de maturidade diferente da realidade dos demais órgãos que não a utilizam. Tal entendimento se deve especialmente, quanto aos procedimentos relativos à fase de planejamento (instrução processual), percebe-se que até mesmo no âmbito do Poder Executivo Federal é possível constatar essas diferenças frente às mais diversas culturas administrativas e procedimentos variados internos, utilizando-se a mesma legislação.

Cada ente federativo terá um desafio peculiar na implementação dessa Lei e todo o normativo que a acompanha. Deste modo, diante de tantas diretrizes e nesse emaranhado de regras existentes frente a quantidade de instruções normativas que ainda virão, é possível descrever de uma forma mais ampla algumas diretrizes iniciais para um desenho de implementação.

Considerando a realidade institucional de cada um dos órgãos submetidos à nova Lei<sup>2</sup>, uma primeira providência a ser considerada, é antes de qualquer movimento fazer um levantamento da atual situação organizacional, suas atribuições e competências, bem como, levantamento dos objetivos institucionais e o alinhamento com os demais tipos de planejamentos. Chama-se atenção para as palavras da Professora Tatiana Camarão acerca da necessidade de se instituir regulamentos visando implementar medidas estratégicas para consolidação do mecanismo da liderança na instituição no sentido de uniformizar orientações e procedimentos permitindo maior segurança jurídica para os

envolvidos no processo. Segundo destaca a regulamentação interna que visa concretizar alguns dispositivos que tratam das “medidas de integridade” voltadas aos agentes públicos<sup>3</sup>.

Assim, antes do início da implementação da Lei e seus fluxos processuais (licitações)<sup>4</sup> até a fase da execução contratual é importante ter em mente a necessidade de diagnosticar os problemas ou gargalos já existentes na atual legislação. Isto devido as constantes dificuldades que ocorrem na operacionalização da legislação frente às tomadas de decisões intrínsecas aos atos administrativos necessários à realização do processo.

Todos os atos administrativos, decisões e procedimentos carecem da necessidade de internalização de conceitos, princípios, e diretrizes que extrapolam uma simples regulamentação. Muitas decisões são oriundas da construção doutrinária, jurisprudencial arquitetada com a experiência dos agentes frente à realidade institucional.

Bem, partindo da ideia de que os órgãos já estão instituindo grupos de servidores responsáveis para implementar as diretrizes da nova Lei, alguns passos podem ser destacados, assim, este trabalho busca trazer, sem a intenção de exaurir, um rol de possibilidades em que poderão se desenvolver atividades que auxiliarão no sentido de preparar o caminho a ser trilhado com a nova Lei.

Para melhor compreensão e objetividade é preciso disciplinar os temas a serem tratados e a forma de abordagem, bem como, estabelecer um cronograma, no sentido de delimitar o escopo do trabalho. Deste modo está delimitado abaixo alguns passos com cinquenta possíveis situações práticas a serem observadas.

## **PASSO A PASSO**

### **1º Passo.** PMP – Programa de Melhoria de Processo.

Instituir um PMP- Programa de Melhoria de Processo, que poderá dispor sobre:

1. A organização interna e o mapeamento do processo de licitação/ contratação.

1.1. Levantamento inicial da estrutura organizacional envolvida no processo de licitação (identificação do número de agentes envolvidos no processo), considerando suas atribuições e competências, em observância as regras estabelecidas, em especial, o princípio da segregação das funções.<sup>5</sup>

1.2. Frente ao levantamento acima, revisar o fluxo processual existente, identificar gargalos e possíveis retrabalhos.

Neste aspecto muitas diretrizes deverão ser observadas, desde a necessidade de capacitação dos agentes até implementação de novas estruturas. Sugere-se um plano de ação com metas e objetivos bem definidos para instituir o PMP.

**2º Passo.** A equipe de planejamento, assessoramento jurídico e controle interno – o que fazer?

1.3. Instituir a equipe de Planejamento, caso não haja, e estabelecer a forma de atuação de seus participantes de modo que possam contribuir tecnicamente

com seus conhecimentos para a construção do ETP – Estudo Técnico preliminar do processo licitatório.

1.4. Na formação da equipe deve existir profissionais com conhecimentos multidisciplinares, contribuindo em vários sentidos, como: definir a modalidade de licitação, o critério de julgamento e o modo de disputa. Essas diretrizes deverão ser objeto de estudo (análise) na busca da seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso (art. 11, I).

1.5. Definir a forma de participação do controle interno e do assessoramento jurídico nos procedimentos inerentes aos processos licitatórios e contratações.

1.6. Observar a divisão das atribuições pertinentes ao acompanhamento dos documentos processuais da fase preparatória até a homologação (art. 8º).

1.7. Instituir regras para análise jurídica dos editais bem como o processo de trabalho conjunto (jurídico/ controle) nos termos da Lei (art.19, IV).

1.8. Instituir critérios internos objetivos prévios para escolha de prioridade das análises pela assessoria jurídica, bem como estabelecer internamente as regras acerca da dispensa do parecer<sup>6</sup> jurídico (Orientação Normativa AGU nº 69, de 13 de setembro de 2021).

### **3º Passo.** O Estudo Técnico Preliminar na Lei nº 14.133/2021

1.9. Normatizar internamente a metodologia da construção dos ETP- Estudos Técnicos Preliminares para os objetos a serem adquiridos, mediante a atuação da Equipe de Planejamento.

1.10. Revisar os ETP's existentes e viabilizar as práticas de sustentabilidade (incentivar- art.11, IV) nos novos processos, inclusive quanto ao ciclo de vida<sup>7</sup> do objeto.

1.11. Levantamento dos contratos/objetos existentes e das novas contratações e sua possível complexidade técnica, verificando a necessidade de exigência de certificações, além da possibilidade de formação de consórcios ou subcontratação, inclusive, disciplinar a possibilidade de consulta pública para compreensão dos objetos e a construção do TR/PB.

1.12. Mediante demonstração em ETP- estudo técnico preliminar, comprovar a existência de competitividade e a possível eficiência contratual, ao definir exigências editalícias que utilizem mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução para a conservação e operação do bem, serviço ou obra.

### **4º Passo.** A gestão de riscos nas contratações.

1.13. Instituir ou aperfeiçoar o modelo de gestão de riscos dos processos de licitação/contratação, identificando os objetos/contratos para implementação da gestão, seja por meio da Matriz<sup>8</sup> (14.133/2021) se for o caso, ou por meio de um mapeamento (Mapa de Riscos – modelo IN nº 05/2017).

1.14. Após a escolha dos objetos que terão a matriz definidora dos riscos da contratação, instituir internamente o modelo da matriz e as capacitações dos responsáveis.

1.15. Identificar os principais riscos que envolvem o processo de contratação, como: riscos na fase planejamento (qualificação pessoal; orçamentários;

definição do objeto) além das exigências editalícias (atestados e qualificação econômico-financeira) além dos contratuais. Após a identificação criar mecanismos de gerenciamento, mitigação e ou extinção, nos processos que se fizerem necessários.

**5º Passo.** Os requisitantes/demandantes – quem são e o que fazem?

1.16. Identificar os setores responsáveis pela aquisição e formalização das demandas a fim de padronizá-las e compatibilizá-las com o plano de contratações anual.

1.17. Alinhar as demandas ao planejamento estratégico, bem como subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias.

1.18. Correspondência do Plano de Contratações Anual em todos os processos e sua divulgação.

**6º Passo.** Os cadastros, sistemas e padronização.

1.19. Revisar ou instituir os sistemas de cadastros de fornecedores.

1.20. Providenciar o levantamento dos bens mais adquiridos, verificar as necessidades permanentes.

1.21. Classificar os bens comuns e de luxo (Decreto nº 10.818/2021) no âmbito interno, considerando sua realidade institucional.

1.22. Realizar levantamento dos bens existentes (equipamentos) e seu ciclo de vida<sup>9</sup>, considerando inclusive o custo de manutenção com a descrição de possíveis impactos ambientais<sup>10</sup>.

1.23. Instituir procedimentos a fim de centralizar os processos de licitação e contratação;

1.24. Instituir catálogos padronizados<sup>11</sup> de compras, serviços e obras mediante sistema informatizado que contemple o gerenciamento centralizado; indicação de preços (com a padronização de itens a serem adquiridos) disponíveis para a licitação.

1.25. Verificar a implementação prévia das informações necessárias ao sistema de registro cadastral único<sup>12</sup> a ser disponibilizado no Portal (PNCP).

1.26. Providências iniciais junto as áreas responsáveis (licitações/contratos e TIC) e sua compatibilização (sistemas e regras) e reflexos (cadastro de fornecedores).

**7º Passo.** O Cadastro único, regulamentação e disponibilização de informações no sistema.

1.27. Levantamento das informações dos contratados (atestados emitidos) bem como penalizações.

1.28. Instituir critérios que permitam avaliação dos licitantes quanto a sua qualificação técnica e econômico-financeira.

1.29. Instituir critérios objetivos que permitam avaliar a atuação do contratado, seu desempenho na execução contratual.

1.30. Regulamentação do cadastro de atesto de cumprimento de obrigações, contemplando medidas de incentivo ou em relação às penalidades.



**8º Passo.** Contratações de obras e serviços de engenharia.

1.31. Providenciar o aparato logístico para implementar as filmagens (imagem e vídeo) de forma que seja monitorada a realização da execução do objeto.

1.32. Institucionalizar as regras que levem em consideração critérios de sustentabilidade, como:

a) Disposição final ambientalmente adequada<sup>13</sup> dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas (Lei nº 12.305/2010).

b) Mitigação por condicionantes e compensação ambiental (licenciamento ambiental).

c) Possibilitar a redução do consumo de energia e de recursos naturais (produtos, equipamentos e de serviços).

d) Providenciar a avaliação de impacto de vizinhança (legislação urbanística).

e) Levantamento do patrimônio histórico, cultural, arqueológico e material existente, com vistas a sua proteção.

f) Providenciar projetos que viabilizem a acessibilidade para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida (Lei nº 10.048/2000) e regulamentos.

**9º Passo.** Os editais e as regras de participação.

1.33. Instituir grupo/comissão para estudar situações específicas como:

a) o caráter sigiloso do edital (normatizar).

b) modo de disputa (aberto, fechado, combinado).

c) a elaboração de processo para indicação de marcas.

d) elaboração de processo de pré-qualificação, inclusive quanto à testes, amostras, certificações etc.

e) instituir regras editalícias de padronização dos objetos a serem adquiridos e possível vedação.

1.34. Disciplinar procedimentos internos de audiência pública ou consulta pública sobre possíveis licitações que pretenda realizar.

**10º Passo.** As Contratações diretas.

1.35. Instituir check-list para acompanhamento dos processos de contratação direta.

1.36. Na inexigibilidade instituir regras para padronização de objeto visando possível credenciamento.

1.37. Levantamento do objeto quanto a viabilidade ou não de competição.

1.38. No caso de não ser inexigibilidade destacar no ETP a necessidade de estabelecer a possível avaliação mediante pontuação técnica, se for o caso.

1.39. Procedimentos necessários à implementação da Dispensa de Licitação por valor (75, I e II).

a) Implementação do sistema e regulamentação, verificando os procedimentos técnicos junto ao Portal Compras.gov.br

b) Verificar a necessidade de regulamentação interna (parâmetro IN 65/2021).

**11º Passo.** As contratações, execução, gestão e fiscalização.

1.40. Estabelecer regras da duração das contratações/objetos (materiais/equipamentos).

- a) o fornecimento dos bens/equipamentos e materiais de forma contínua
- b) o fornecimento de bens que podem ser contratados com serviços associados<sup>14</sup>, nos termos da Lei 14.133/2021.

1.41. Redefinir internamente os Modelos de Gestão e Fiscalização dos Contratos (padronização).

a) Definir as fiscalizações necessárias conforme o objeto (fiscalização técnica. Administrativa, setorial, público usuário etc.).

b) Definir as atribuições do gestor de contratos.

1.42. Disciplinar por meio de regras internas que viabilizem a observância as vedações aos contratos de Terceirização com mão de obra (artigo 48 e incisos).

1.43. Disciplinar as exigências que constituam intervenção indevida da Administração na gestão interna do contratado e inseri-las no edital.

1.44. Instituir regras internas para defesa dos agentes<sup>15</sup> caso venham a precisar na defesa dos processos.

## **12º Passo.** Procedimentos para a extinção dos contratos

1.45. Procedimentos específicos para extinção unilateral da Administração e extinção consensual, por acordo entre as partes, por conciliação, por mediação ou por comitê de resolução de disputa.

1.46. Disciplinar procedimentos por decisão arbitral, em decorrência de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, ou por decisão judicial.

## **13º Passo.** Recebimento das faturas, cronologia e pagamentos.

1.47. Instituir/aperfeiçoar os procedimentos internos para realização dos pagamentos:

a) Instituir/aperfeiçoar o controle de entrega de notas fiscais/faturas por meio de sistema de protocolo, que contenha a data e hora de recebimento.

b) Instituir/aperfeiçoar a ordem cronológica de pagamento que deverá seguir a fonte diferenciada de recursos, subdividida nas seguintes categorias de contratos: fornecimento de bens; locações; prestação de serviços; realização de obras.

1.48. Disciplinar a forma de recebimento do objeto para realizar o pagamento, prevendo:

a) o atesto provisório (se for o caso) e definitivo pelos responsáveis;

b) a análise das especificações quanto a dimensão, qualidade e quantidade (liquidação da despesa);

c) a liberação do pagamento da parcela executada ou incontroversa (parcial) no prazo o previsto para pagamento.

## **14º Passo.** A declaração de nulidade da licitação e dos contratos

1.49. Estabelecer critérios objetivos de análise das disposições editalícias para possível aproveitamento do edital e contratos, não decretando sua nulidade.

a) estabelecer procedimentos internos para definir o fluxo processual quando da identificação da possível nulidade da licitação ou contrato;

b) identificar a autoridade competente nos autos de forma clara (oficial) para fins de declaração de nulidade que deve indicar expressamente os atos

com vícios insanáveis, tornando sem efeito todos os subsequentes que deles dependam, e dará ensejo à apuração de responsabilidade de quem lhes tenha dado causa

c) identificar de forma inequívoca o motivo determinante para a revogação do processo licitatório que deverá ser resultante de fato superveniente devidamente comprovado.

d) observar nos casos de anulação e revogação, a prévia manifestação dos interessados.

#### **15º Passo.** As Penalidades – procedimentos diversos.

Observação: até o momento, há ausência da regulamentação pelo Poder Executivo para aplicação das penalidades dos incisos I, II, III e IV do *caput* do art. 156 da Lei, (regulamentará o cômputo e as consequências da soma de diversas sanções aplicadas a uma mesma empresa e derivadas de contratos distintos).

1.50. Instituir mecanismos que possibilitem a avaliação das infrações e a correspondente dosimetria, observando:

a) a aplicação das penalidades de advertência e multa no âmbito interno.

b) as regras internas para a aplicação das sanções previstas nos incisos III e IV do *caput* do art. 156 desta Lei, bem como, avaliação da desconsideração da personalidade jurídica.

c) as regras de instauração de processo de responsabilização, contemplando diversos assuntos, desde a formação da comissão responsável pela apuração; procedimentos para realizar a avaliação dos fatos e circunstâncias na apuração das responsabilidades do licitante ou do contratado; as regras de comunicação, prazos para defesa escrita e forma de apresentação de provas; alegações finais, entre outras.

d) estabelecer regras para o caso de atraso injustificado na execução do contrato, multa de mora, compensatória e extinção unilateral do contrato com a aplicação cumulada de outras sanções previstas na Lei.

e) instituir regras para possível reabilitação do licitante ou contratado perante a própria autoridade que aplicou a penalidade bem como as regras para a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade pelo responsável.

## **CONCLUSÃO**


Os temas acima seguiram as fases de planejamento, seleção e contratação do processo, porém, buscando enfatizar a necessidade de disciplina interna dos processos de trabalho que envolve as situações citadas. É importante destacar que o grau de maturidade de cada instituição pode trazer diferentes resultados na aplicação dos procedimentos inerentes a Lei.

O que se observa de forma muito específica é que a “procedimentalização” trazida pela Lei ressaltou de forma significativa a ausência de processos de trabalhos consolidados internamente em algumas instituições, mostrando um vácuo entre a teoria e a prática. Para alguns agentes, muitos dispositivos

já presentes na Lei nº 8.666/93 desde 1993 ainda parecem como novidade nos dias de hoje, ao mesmo tempo, existe uma parcela de profissionais que estão em nível de conhecimento mais aprofundado e trazem críticas importantes sobre o novo texto.

De uma forma geral, o que se percebe é uma estranheza no que se refere ao aproveitamento da IN nº 05/2017 – que é a estrela da Lei, inserindo diversos dispositivos de forma didática – como se pode ver no art. 6º com sessenta incisos (definições), porém, trazendo ao mesmo tempo, a necessidade de mais de cinquenta regulamentos. E ainda, paralelamente, seguindo as demais normas vigentes (Lei 8.666/93; Lei nº 10.520; decretos regulamentadores e RDC, sem contar as demais regulamentações dessas leis).

Ao que parece dois anos parecia ser muito tempo para operacionalizar a lei, mas considerando a necessidade da internalização da teoria e dos procedimentos associados, verifica-se que neste momento, é possível que seja pouco tempo para assimilar, internalizar, executar e aperfeiçoar tantas regras.

O roteiro acima não tem a pretensão de ser exaustivo, muito pelo contrário, o que se pretende é criar um norte, um caminho a seguir, e neste caminho traçado (50 possibilidades) achar mais e mais caminhos que possam consolidar mecanismos que favoreçam uma boa governança. 

## NOTAS

- 1 Modalidades velhas e novas. Concorrência, Pregão, Diálogo Competitivo. No entanto, em que pese a Lei 14.133, de 1º de abril de 2021 trazer a modalidade da Concorrência novamente, esta não se apresenta da mesma forma da Lei 8.666/93. Na mesma linha de raciocínio, vê-se o novo Pregão que carece de regulamentação.
- 2 Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e abrange: I – os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios, quando no desempenho de função administrativa; II – os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm)
- 3 Camarão, Tatiana. A gestão por competência na nova Lei de Licitações e Contratos. (...) “ O texto do novel diploma enfatiza pontos importantes que a liderança deve ater-se quando do exercício de seu papel, como as medidas de integridade voltadas aos agentes públicos (artigo 7º, III e § 1º; art. 9º); a gestão por competência (art. 7º, I e II) e a matriz de responsabilidade (artigo 8º); a segregação de funções (art. 7º, § 1º); o plano de capacitação (art. 18, § 1º, X; art. 169, § 3º, I; art. 173); e a definição de funções (art. 8º, § 3º e 4º)”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-09/tatiana-camarao-gestao-competencia-lei-licitacoes#author>
- 4 Idem. Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência: I – preparatória; II – de divulgação do edital de licitação; III – de apresentação de propostas e lances, quando for o caso; IV – de julgamento; V – de habilitação; VI – recursal; VII – de homologação.
- 5 Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Ver o art. 7º. “Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem,

promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei que preencham os seguintes requisitos: I – sejam, preferencialmente, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública; II – tenham atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuam formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público; e III – não sejam cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da Administração nem tenham com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil. § 1º A autoridade referida no caput deste artigo deverá observar o princípio da segregação de funções, vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em 4 mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm)


- 6 Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Art.53. (...) “§ 5º É dispensável a análise jurídica nas hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, que deverá considerar o baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm)
- 7 Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010. Ver definição: (...) “art. 3º inciso IV – ciclo de vida do produto: série de etapas que envolvem o desenvolvimento do produto, a obtenção de matérias-primas e insumos, o processo produtivo, o consumo e a disposição final”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm)
- 8 Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. O processo licitatório na Lei nº 14.133/2021 afirma no art. 11, parágrafo único que é responsabilidade da “alta administração do órgão ou entidade” em relação aos processos licitatórios “implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos. A forma de realizar a gestão de riscos pela Lei 14.133/2021 pode ser realizada mediante a matriz prevista no art. 6º (...) XXVII – “matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações: a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência; b) no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico; c) no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia;”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm)



- 9 Levantamento de bens servíveis, inservíveis, antieconômicos ou irrecuperáveis, classificação prevista no Decreto nº 9.373, de 11 de maio de 2018. Disponível em: [D9373 \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br)
- 10 Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. (...) “XII – descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável;”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm)
- 11 Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. (...) “Art. 43. O processo de padronização deverá conter: I – parecer técnico sobre o produto, consideradas especificações técnicas e estéticas, desempenho, análise de contratações anteriores, custo e condições de manutenção e garantia; II – despacho motivado da autoridade superior, com a adoção do padrão; III – síntese da justificativa e descrição sucinta do padrão definido, divulgadas em sítio eletrônico oficial.” Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm)
- 12 Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Art. 87. Para os fins desta Lei, os órgãos e entidades da Administração Pública deverão utilizar o sistema de registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), para efeito de cadastro unificado de licitantes, na forma disposta em regulamento. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm)
- 13 Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010. Ver definições no art. 3º e inciso: VII – destinação final ambientalmente adequada: destinação de resíduos que inclui a reutilização, a reciclagem, a compostagem, a recuperação e o aproveitamento energético ou outras destinações admitidas pelos órgãos competentes do Sisnama, do SNVS e do Suasa, entre elas a disposição final, observando normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos; (...) “VIII – disposição final ambientalmente adequada: distribuição ordenada de rejeitos em aterros, observando normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos;”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm)
- 14 Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. (...) “XXXIV – fornecimento e prestação de serviço associado: regime de contratação em que, além do fornecimento do objeto, o contratado responsabiliza-se por sua operação, manutenção ou ambas, por tempo determinado.” Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm)
- 15 Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. (...) “Art. 10. Se as autoridades competentes e os servidores públicos que tiverem participado dos procedimentos relacionados às licitações e aos contratos de que trata esta Lei precisarem defender-se nas esferas administrativa, controladora ou judicial em razão de ato praticado com estrita observância de orientação constante em parecer jurídico elaborado na forma do § 1º do art. 53 desta Lei, a advocacia pública promoverá, a critério do agente público, sua representação judicial ou extrajudicial.” Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm)



**MADLINE ROCHA FURTADO** é Professora e Coordenadora Científica dos Cursos da Licittare.



## Impedimento para participar de licitação e contratar com a Administração Pública decorrente de sanção aplicada e seus desdobramentos jurídicos

■ POR MARINÊS RESTELATTO DOTTI

“As pessoas físicas e jurídicas podem ser sancionadas em razão do não cumprimento de obrigações contratuais ou por ilícitos praticados. Uma das sanções consiste na proibição de participação em licitações e contratação com a Administração Pública. Os efeitos das sanções de impedimento (proibição) de licitar e contratar, conforme os diplomas citados neste estudo, são *ex nunc*, ou seja, não retroagem.”

**E**stabelece o art. 14, inciso III, da Lei nº 14.133/2021, que não poderão disputar licitação ou participar da execução de contrato, direta ou indiretamente, pessoa física ou jurídica que se encontre, ao tempo da licitação, impossibilitada de participar da licitação em decorrência de sanção que lhe foi imposta. Do exposto no referido dispositivo da nova lei de licitações (art. 14, inciso III), importante que se analise as seguintes situações e seus desdobramentos: (a) as definições de pessoa física e de pessoa jurídica e a admissibilidade desses sujeitos em licitações e contratações públicas; (b) o impedimento decorrente da diversidade de sanções que podem ser aplicadas; (c) o sócio e sua relação com a pessoa jurídica; e (d) a aplicação da Lei de improbidade administrativa e seus reflexos sobre a figura do sócio majoritário.

## **PESSOAS FÍSICAS E JURÍDICAS E A ADMISSIBILIDADE DESSES SUJEITOS EM LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

Dispõe o art. 2º da Instrução normativa SEGES/ME nº 116, de 21 de dezembro de 2021, que:

Art. 2º Para efeito desta Instrução Normativa, considera-se pessoa física todo o trabalhador autônomo, sem qualquer vínculo de subordinação para fins de execução do objeto da contratação pública, incluindo os profissionais liberais não enquadrados como sociedade empresária ou empresário individual, nos termos das legislações específicas, que participa ou manifesta a intenção de participar de processo de contratação pública, sendo equiparado a fornecedor ou ao prestador de serviço que, em atendimento à solicitação da Administração, oferece proposta.

De acordo com o citado normativo, para efeito de contratação com a Administração Pública, considera-se pessoa física todo o trabalhador autônomo, sem qualquer vínculo de subordinação para fins de execução do objeto da contratação, incluindo os profissionais liberais não enquadrados como sociedade empresária ou empresário individual, nos termos das legislações específicas, que participa ou manifesta a intenção de participar de processo de contratação pública, sendo equiparado a fornecedor ou ao prestador de serviço que, em atendimento à solicitação da Administração, oferece proposta. Em atendimento ao disposto no referido art. 2º, os editais ou os avisos de contratação direta deverão possibilitar a contratação das pessoas físicas, em observância aos objetivos da isonomia e da justa competição.

Consoante estabelecem os artigos 966 e 967 da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil), considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, sendo obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade. Segundo o parágrafo único do art. 966, não é considerado empresário aquele que exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com

o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.

É permitido ao empresário o registro na categoria de Microempreendedor Individual – MEI, assim considerado aquele que tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, até o limite estipulado em lei, optante pelo Simples Nacional, e que não esteja impedido de optar pela sistemática prevista no art. 18 da Lei Complementar nº 123/2006.

Independentemente do porte, o empresário habilita-se ao exercício da atividade empresária mediante a prévia inscrição no respectivo registro. Daí não ser admitido à Administração manter relações contratuais com agente econômico informal, de modo a contratar serviços, obras ou bens a quem se põe à margem da ordem jurídica. Aquele que não se constitui regularmente em entidade empresarial esquivava-se dos encargos de natureza tributária e trabalhista, seguindo-se que não reúne condições de comprovar as regularidades fiscal, trabalhista e jurídica que habilitam a contratar com a Administração Pública.

Importante que os editais de licitação definam se a participação será exclusiva a entidades empresariais/pessoas jurídicas (contratações que envolvam atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços) ou se a participação destinar-se-á, exclusivamente, a pessoas físicas (trabalhador autônomo, sem qualquer vínculo de subordinação para fins de execução do objeto da contratação pública, incluindo os profissionais liberais não enquadrados como sociedade empresária ou empresário individual).

A depender da natureza do objeto da contratação e da forma como será executado, é possível admitir-se, num mesmo certame, a participação de pessoas físicas e jurídicas. São dois exemplos: (a) a contratação de um projeto básico o qual poderá ser executado por uma sociedade empresária (escritório de engenharia ou arquitetura) ou, ainda, por um engenheiro ou arquiteto (profissional liberal); e (b) a contratação de consultoria jurídica, a qual poderá ser desempenhada por uma sociedade de advogados (pessoa jurídica) ou por um advogado, profissional liberal.

## **IMPEDIMENTO À CONTRATAÇÃO DE PESSOAS FÍSICAS E JURÍDICAS DECORRENTE DE SANÇÃO APLICADA**

Segundo a nova lei de licitações, não poderão disputar licitação ou participar da execução de contrato, direta ou indiretamente, pessoa física ou jurídica que

se encontre, ao tempo da licitação, impossibilitada ou impedida de participar da licitação em decorrência de sanção que lhe foi imposta.

O instituto jurídico do impedimento tem por núcleo conceitual a isenção ou imparcialidade do sujeito, seja esta pessoa física ou jurídica que pretenda servir à Administração Pública mediante vínculo contratual. Se o sujeito tem comprometida a sua imparcialidade para bem desempenhar a função, deve ser impedido de fazê-lo. Há diplomas que contemplam sanções que podem ser aplicadas a pessoas físicas e jurídicas, cujos efeitos impedem-nas de participar de licitações e contratar com o poder público. Confirmam-se:

Lei nº 14.133/2021

Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:

[...]

III – impedimento de licitar e contratar;

IV – declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

[...]

§ 4º A sanção prevista no inciso III do caput deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do caput do art. 155 desta Lei, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção, pelo prazo máximo de 3 (três) anos.

§ 5º A sanção prevista no inciso IV do caput deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos VIII, IX, X, XI e XII do caput do art. 155 desta Lei, bem como pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do caput do referido artigo que justifiquem a imposição de penalidade mais grave que a sanção referida no § 4º deste artigo, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos.

Lei nº 8.666/1993

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I – advertência;

II – multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III – suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV – declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.



[...]

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I – tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II – tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III – demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

#### Lei nº 10.520/2002 – Lei do pregão:

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

#### Lei nº 12.462/2011 – Regime diferenciado de contratações públicas – RDC:

Art. 47. Ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato, bem como das demais cominações legais, o licitante que:

I – convocado dentro do prazo de validade da sua proposta não celebrar o contrato, inclusive nas hipóteses previstas no parágrafo único do art. 40 e no art. 41 desta Lei;

II – deixar de entregar a documentação exigida para o certame ou apresentar documento falso;

III – ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;

IV – não mantiver a proposta, salvo se em decorrência de fato superveniente, devidamente justificado;

V – fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato;

VI – comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal; ou

VII – der causa à inexecução total ou parcial do contrato.

#### Lei nº 8.443/1992 – Lei orgânica do Tribunal de Contas da União:

Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

Lei nº 12.529/2011 – estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica:

Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

[...]

II – a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;

Lei nº 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa:

Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I – na hipótese do art. 9º desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 14 (catorze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 14 (catorze) anos;

II – na hipótese do art. 10 desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 12 (doze) anos;

III – na hipótese do art. 11 desta Lei, pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos;

[...]

§ 4º Em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a sanção de proibição de contratação com o poder público pode extrapolar o ente público lesado pelo ato de improbidade, observados os impactos econômicos e sociais das sanções, de forma a preservar a função social da pessoa jurídica, conforme disposto no § 3º deste artigo.

Lei nº 9.605/1998 – dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente:

Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º: [...] XI – restritiva de direitos. [...] §8º As sanções restritivas de direito são: [...] V – proibição de contratar com a Administração Pública, pelo período de até três anos.

Lei nº 12.527/2011 – Lei de acesso à informação:

Art. 33. A pessoa física ou entidade privada que detiver informações em virtude de vínculo de qualquer natureza com o poder público e deixar de observar o disposto nesta Lei estará sujeita às seguintes sanções:

[...]

IV – suspensão temporária de participar em licitação e impedimento de contratar com a administração pública por prazo não superior a 2 (dois) anos; e

V – declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública, até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade.

§ 1º As sanções previstas nos incisos I, III e IV poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, assegurado o direito de defesa do interessado, no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 2º A reabilitação referida no inciso V será autorizada somente quando o interessado efetivar o ressarcimento ao órgão ou entidade dos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso IV.

§ 3º A aplicação da sanção prevista no inciso V é de competência exclusiva da autoridade máxima do órgão ou entidade pública, facultada a defesa do interessado, no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista.

A Lei nº 13.019/2014 – estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação:

Art. 73. Pela execução da parceria em desacordo com o plano de trabalho e com as normas desta Lei e da legislação específica, a administração pública poderá, garantida a prévia defesa, aplicar à organização da sociedade civil as seguintes sanções: [...]

II – suspensão temporária da participação em chamamento público e impedimento de celebrar parceria ou contrato com órgãos e entidades da esfera de governo da administração pública sancionadora, por prazo não superior a dois anos;

III – declaração de inidoneidade para participar de chamamento público ou celebrar parceria ou contrato com órgãos e entidades de todas as esferas de governo, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que a organização da sociedade civil ressarcir a administração pública pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso II.

A Lei nº 4.737/1965 – instituiu o Código Eleitoral:

Art. 7º O eleitor que deixar de votar e não se justificar perante o juiz eleitoral até 30 (trinta) dias após a realização da eleição, incorrerá na multa de 3 (três) a 10 (dez) por cento sobre o salário-mínimo da região, imposta pelo juiz eleitoral e cobrada na forma prevista no art. 367. §1º Sem a prova de que votou na última eleição, pagou a respectiva multa ou de que se justificou devidamente, não poderá o eleitor: [...] III – participar de concorrência pública ou administrativa da União, dos Estados, dos Territórios, do Distrito Federal ou dos Municípios, ou das respectivas autarquias;

A Lei nº 13.303/2016 – estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias:

Art. 38. Estará impedida de participar de licitações e de ser contratada pela empresa pública ou sociedade de economia mista a empresa: [...]

II – suspensa pela empresa pública ou sociedade de economia mista;

III – declarada inidônea pela União, por Estado, pelo Distrito Federal ou pela unidade federativa a que está vinculada a empresa pública ou sociedade de economia mista, enquanto perdurarem os efeitos da sanção;

IV – constituída por sócio de empresa que estiver suspensa, impedida ou declarada inidônea;

V – cujo administrador seja sócio de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea;

VI – constituída por sócio que tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção;

VII – cujo administrador tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção;

VIII – que tiver, nos seus quadros de diretoria, pessoa que participou, em razão de vínculo de mesma natureza, de empresa declarada inidônea.

Como retro demonstrado, há uma diversidade de sanções que podem ser aplicadas a pessoas físicas e jurídicas, cujos efeitos as tornam proibidas de

participar de licitações e contratar com a Administração Pública. O alcance dos efeitos é definido nas respectivas normas citadas (princípio da tipicidade). Competirá ao agente ou comissão de contratação ou, ainda, ao pregoeiro certificar-se da existência de eventual impedimento da pessoa física ou jurídica que participa do certame ou almeja contratar com o órgão ou entidade pública. A consulta a registro de sanção aplicada realiza-se por meio dos seguintes sistemas: Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) e ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP).

## **NORMAS QUE VEICULAM CONDIÇÕES QUE IMPEDEM ENTIDADES EMPRESARIAIS DE DESENVOLVEREM SUAS ATIVIDADES**

A Lei nº 12.846/2013 (Lei anticorrupção), em seu art. 22, criou o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) e trouxe a obrigatoriedade de os entes públicos, de todos os poderes e esferas de governo, manterem o cadastro atualizado. Para atender à exigência, a CGU desenvolveu o Sistema Integrado de Registro do CEIS/CNEP, que é alimentado diretamente pelos entes e é a fonte de dados publicados no CNEP. O cadastro também registra os acordos de leniência firmados pelas empresas com o poder público, tanto os vigentes como os descumpridos. Veja-se que, em razão da prática de atos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846/2013, podem ser aplicadas as sanções de suspensão ou interdição parcial de atividades ou, ainda, a dissolução compulsória da pessoa jurídica infratora, condições que as impedem de manter suas atividades econômicas regulares e, por conseguinte, de executar o objeto contratual. Assim:

Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras: [...] II – suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

O Código de Processo Penal, em seu art. 319, VI, prevê que:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: [...] VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

A medida cautelar de suspensão do exercício de atividade de natureza econômica ou financeira prevista no CPP e a sanção de suspensão ou interdição parcial de atividades aplicada com base na Lei nº 12.846/2013 (Lei anticorrupção) veiculam condições que impedem a entidade de desenvolver suas atividades regulares e, por conseguinte, de executar o objeto do contrato administrativo.

## **PARTICIPAÇÃO INDIRETA EM LICITAÇÃO MEDIANTE A CONSTITUIÇÃO DE NOVA SOCIEDADE EMPRESARIAL**

Não poderão disputar licitação ou participar da execução de contrato, ainda que indiretamente, pessoa física ou jurídica que se encontre, ao tempo da licitação, impossibilitada de participar da licitação em decorrência de sanção que lhe foi imposta.

É prática conhecida a constituição de nova entidade empresarial, ulterior a (empresa) que foi sancionada com impedimento de participar de licitação e contratar com o poder público, na maioria das vezes com sócio comum ou sócios comuns e com o mesmo objeto social, no evidente intuito de ladear o impedimento decorrente de sanção aplicada e viabilizar a participação da nova sociedade em licitações e contratações públicas. Tal mecanismo constitui forma indireta de contratar com a Administração. Em vista disso, prevê a nova lei de licitações que o impedimento decorrente de sanção aplicada será também aplicado ao licitante que atue em substituição a outra pessoa, física ou jurídica, com o intuito de burlar a efetividade da sanção a ela aplicada, inclusive a sua controladora, controlada ou coligada, desde que devidamente comprovado o ilícito ou a utilização fraudulenta da personalidade jurídica do licitante.

No âmbito das licitações e contratações administrativas, aplica-se a “*disregard doctrine*” para desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade empresarial que age com o propósito de ladear o impedimento decorrente de sanção aplicada e viabilizar a participação da nova sociedade em licitações e contratações públicas, conforme previsto na Lei nº 14.133/2021, *verbis*:

Art. 160. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, e, nesse caso, todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica serão estendidos aos seus administradores e sócios com poderes de administração, a pessoa jurídica sucessora ou a empresa do mesmo ramo com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com o sancionado, observados, em todos os casos, o contraditório, a ampla defesa e a obrigatoriedade de análise jurídica prévia.

Também encontra previsão na Lei nº 12.846/2013:

Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

Por meio da desconsideração da personalidade jurídica estendem-se os efeitos da sanção aplicada (proibição de contratar com o poder público) à pessoa



jurídica sucessora ou a empresa do mesmo ramo com relação de coligação ou controle e, ainda, aos administradores e sócios com poderes de administração. Constitui instrumento eficaz de combate à fraude e homenageia os princípios que, na Constituição Federal, tutelam a atividade administrativa do Estado, sem embargo de serem assegurados ao licitante ou ao contratado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular.

## **A FIGURA DO SÓCIO E SUA RELAÇÃO COM A PESSOA JURÍDICA**

A legislação civil garante às pessoas jurídicas existência distinta da de seus sócios. Segundo o art. 49-A, da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil), incluído pela Lei nº 13.874/2019, a pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores. Sendo a licitação exclusivamente destinada a entidades empresariais, comprova-se a qualificação e idoneidade da pessoa jurídica para efeitos de contratação com o poder público. A Lei nº 14.133/2021 não prevê a comprovação da qualificação (jurídica, fiscal, técnica e econômico-financeira) e idoneidade (inexistência de eventuais sanções aplicadas) dos sócios da empresa licitante. Quando a licitação destina-se, exclusivamente, à contratação de entidades empresarias, é inapropriado exigir-se a comprovação de qualificação e idoneidade de seus sócios, dado que a personalidade destes (sócios) não se confunde com a das empresas. Extrai-se, pois, que a existência de processo apuratório de responsabilidade do sócio ou eventual sanção aplicada a este não impede a pessoa jurídica de participar de licitação ou de ser contratada pela Administração Pública.

Ver-se-á, a seguir, o alcance da sanção de proibição de contratar com o poder público decorrente de ação de improbidade administrativa e sua extensão à entidade empresarial.

## **LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Segundo o art. 3º, *caput*, da Lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992), as disposições desse diploma são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade. Prossegue o seu §1º que os sócios, os cotistas, os diretores e os colaboradores de pessoa jurídica de direito privado não respondem pelo ato de improbidade que venha a ser imputado à pessoa jurídica, salvo se, comprovadamente, houver participação e benefícios diretos, caso em que responderão nos limites da sua participação. No âmbito sancionatório, uma das penalidades previstas na Lei nº 8.429/1992, decorrente da prática de ato de improbidade administrativa, consiste na proibição de contratar com o poder público, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário (art. 12, incisos I, II e III). Confirmam-se os dispositivos:

Art. 3º As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade.

§ 1º Os sócios, os cotistas, os diretores e os colaboradores de pessoa jurídica de direito privado não respondem pelo ato de improbidade que venha a ser imputado à pessoa jurídica, salvo se, comprovadamente, houver participação e benefícios diretos, caso em que responderão nos limites da sua participação.

[...]

Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I – na hipótese do art. 9º desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 14 (catorze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 14 (catorze) anos;

II – na hipótese do art. 10 desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 12 (doze) anos;

III – na hipótese do art. 11 desta Lei, pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos;


Dos dispositivos retro citados extrai-se que: i. a Lei de improbidade administrativa é aplicável a agente privado desde que comprovado que induziu ou concorreu dolosamente para a prática do ato de improbidade; ii. sócios, cotistas, diretores e colaboradores de pessoa jurídica de direito privado não respondem pelo ato de improbidade que venha a ser imputado à pessoa jurídica; iii. sócios, cotistas, diretores e colaboradores de pessoa jurídica de direito privado responderão pelo ato de improbidade quando comprovada a participação e aferição de benefícios diretos, respondendo nos limites da participação; iv. constitui sanção decorrente de ação de improbidade administrativa a proibição de contratar com o poder público, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual o agente privado sancionado seja sócio majoritário, ou seja, resulta vedada a participação, em licitação ou contratação direta, de entidade empresarial que possua sócio majoritário sancionado com base na Lei de improbidade administrativa, pelo prazo fixado em sentença condenatória.

Inexistindo ordem judicial cautelar impedindo a sociedade empresarial de participar de licitação ou, ainda, inexistindo trânsito em julgado

de sentença condenatória do sócio (art. 12, § 9º, da Lei nº 8.429/1992) cujos efeitos estendam-se à personalidade jurídica da empresa, como no caso do art. 12, incisos I, II e III, da Lei nº 8.429/1992 (proibição de contratar com o poder público ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário), não haverá óbice para que esta (empresa) participe de licitações ou contratações promovidas pela Administração Pública.

## CONCLUSÃO

As pessoas físicas e jurídicas podem ser sancionadas em razão do não cumprimento de obrigações contratuais ou por ilícitos praticados. Uma das sanções consiste na proibição de participação em licitações e contratação com a Administração Pública. Os efeitos das sanções de impedimento (proibição) de licitar e contratar, conforme os diplomas citados neste estudo, são *ex nunc*, ou seja, não retroagem, valendo somente a partir da data em que se tornou definitiva a decisão que as aplicou, competindo à Administração, diante de contratos existentes com a pessoa física ou jurídica sancionada, avaliar a sua imediata rescisão, em cada caso. É que a depender da natureza da contratação e do estágio de sua execução, a rescisão imediata pode ser mais onerosa para a Administração que a manutenção do contrato até a conclusão do objeto ou pelo tempo suficiente à realização de nova licitação.

A existência de sanção aplicada, proibitiva de participação em licitação e de contratar com a Administração Pública, não constitui requisito de habilitação, por conseguinte, não pode ser causa de inabilitação. A consequência, quando verificada a existência de sanção da espécie, mediante consulta a sistemas oficiais de registros de penalidades, é a sumária exclusão do licitante do certame, por ausência de condição legal de participação, por isto que os atos convocatórios de licitação devem dispor a respeito da exclusão de licitantes nessa condição. 

## REFERÊNCIAS

- HEINEN, Juliano. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos – Lei nº 14.133/21*. São Paulo: JusPodivm, 2021.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho; MARÇAL, Thaís (Coord.). *Estudos sobre a Lei nº 14.133/2021 – Nova lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: JusPodivm, 2021.
- OLIVEIRA FILHO, Gilberto Bernardino de; MARCO, Nathalia Leone. *A boa gestão pública e o novo Direito Administrativo*. São Paulo: SGP – Soluções em Gestão Pública, 2021.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Lei nº 14.133/2021 comentada: uma visão crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.
- SAADI, Mário (Coord.); WERNECK, Bruno; DEGUIRMENDIAN, Juliana; BARBOZA, Julio César Moreira; YOUSSEF, Laís Menegon; OLIVEIRA, Maria Cristina Mendes de. *Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021) sistematizada*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.



**MARINÉS RESTELATTO DOTTI** é Advogada da União. Especialista em Direito do Estado e em Direito e Economia pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul (UFRGS). Autora de livros e artigos jurídicos. Professora em cursos de Pós-Graduação em Direito Público. Conferencista na área de licitações e contratações da administração pública.

# A filmagem consentida pelo adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica

■ POR DENIS CARAMIGO VENTURA

DIVULGAÇÃO

**“Como o direito é um conjunto de normas que visa regulamentar o comportamento humano e está em constante mutação, necessário se faz discutir temas estabelecidos com a finalidade de, cada vez mais, adequá-los aos momentos de transformação da sociedade.”**

**O** cenário jurídico criminal atual demonstra, cada vez mais, que a incidência de crimes sexuais contra crianças e adolescentes cresce demasiadamente em todas as suas vertentes e o desconhecimento de certos tipos penais faz com que muitas coisas sejam ditas aos quatro ventos sem nenhum critério técnico.

Neste esboço vamos tratar do crime que está previsto no caput do art. 240 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), com foco específico no seu verbo “FILMAR”, onde figurará, somente, o adolescente com idade igual ou superior a 14 anos.

Art. 240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente: (Redação dada pela Lei nº 11.829, de 2008)

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 11.829, de 2008)

Pois bem, pela letra fria da lei, qualquer filmagem de cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente incidirá no crime acima, porém, ousamos discordar e vamos expor os nossos argumentos. Há de ressaltar, oportunamente, que estamos tratando de filmagem consentida, pois em caso de não consentimento o crime restará configurado.

O consentimento que nós nos referimos aqui, obviamente, é o do adolescente com 14 anos ou mais, não se falando em consentimento válido quando a vítima possuir idade inferior a 14 anos, pois, como já é pacífico em nosso ordenamento jurídico, o menor de 14 anos em matéria criminal sexual é absolutamente vulnerável.

Fundamenta o nosso posicionamento o § 5º do art. 217-A do Código Penal, onde sua leitura é importante para melhor compreensão do tema que falaremos ao longo deste:

Estupro de vulnerável (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

(...)

§ 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

Isto posto, passamos a analisar o contexto da tipicidade penal do *art. 240* do ECA em conjunto com o *art. 217-A* do Código Penal para que possamos extrair o máximo de informações a seu respeito e, conseqüentemente, fazer a sua correta aplicação no caso concreto evitando, assim, pirotecias jurídicas tão presentes no nosso dia a dia.

Certo é que a relação sexual consensual entre um adolescente com 14 anos ou mais com uma pessoa também com idade partindo de 14 anos não é crime, pouco importando se um adolescente de 14 anos se relaciona, por exemplo, com uma pessoa de 50. Muitos podem achar imoral, amoral e bizarro, porém, crime não é!

Assim sendo, devemos ter a sensibilidade de analisar a proporcionalidade de uma filmagem de cena de sexo consensual com a de uma relação sexual propriamente dita. Explicamos.

Imaginemos a seguinte situação: um casal formado por uma pessoa de 40 e outra de 16 anos filma, consensualmente, sua relação sexual. Pela letra fria da lei do art. 240 do ECA, o fato é típico, ou seja, o crime estará caracterizado em face da pessoa de 40 anos pelo fato da filmagem do ato sexual ter sido realizada com um adolescente figurando na cena de sexo explícito entre eles. Por outro lado, a própria relação sexual não é crime, sendo fato atípico, pois a vulnerabilidade sexual do adolescente estabelecida pelo Código Penal é abaixo dos 14 anos, conforme discrimina o art. 217-A que já vimos anteriormente e reproduzimos, novamente, abaixo:

Estupro de vulnerável (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Dessa forma, parece-nos completamente desproporcionais os tipos penais no que se referem à conduta praticada e a registrada, pois ter relação sexual consensual com adolescente que tenha 14 anos ou mais não é crime, entretanto, é crime filmá-lo dentro do contexto que estamos abordando. No exemplo citado a pessoa responderia pelo crime previsto no art. 240 do ECA por ter filmado a relação sexual, mas não responderia por ter tido a mesma relação.

Não podemos perder de vista que o tipo penal do art. 240 do ECA tutela a integridade física, psíquica e moral – aqui no nosso exemplo – do adolescente, porém, dentro daquilo que estamos trazendo, na situação específica do seu consento, não entendemos como afronta à tutela estabelecida pela lei.

Como bem pontua o professor e Desembargador do TJSP, Guilherme de Souza Nucci, a proporcionalidade indica harmonia e a boa regulação de um sistema, abrangendo, em direito penal, particularmente, o campo das penas (Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º ao 120 do Código Penal - Guilherme de Souza Nucci. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 109).

Não nos parece proporcional existir um crime com sanção de até 8 anos de reclusão punindo a filmagem consentida de um adolescente em cena de sexo ou pornográfica enquanto a própria relação sexual consentida não é crime.

O nosso posicionamento também encontra guarida na doutrina do professor Fernando Capez, que em seu entendimento diz que quando a criação do tipo não se revelar proveitosa para a sociedade, estará ferido o princípio da proporcionalidade, devendo a descrição legal ser expurgada do ordenamento jurídico por vício de inconstitucionalidade. Além disso, a pena, isto é, a resposta punitiva estatal ao crime, deve guardar proporção com o mal infligido ao corpo social. Deve ser proporcional à extensão do dano (Curso de direito



penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º ao 120) / Fernando Capez. – 15. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 40)

Mais uma vez, para não haver nenhuma outra interpretação daquilo que estamos trazendo, insistimos que a discussão se limita, única e exclusivamente, na filmagem do ato sexual consentida pelo adolescente com 14 anos ou mais.


Certamente que se a pessoa fizer uso diverso do material como divulgar a terceiros, incorrerá no art. 241-A do ECA, porém, enquanto o material filmado se restringir aos participantes da cena, s.m.j, entendemos que não há o crime do art. 240 na modalidade “filmar” por total respeito e aplicação do princípio da proporcionalidade. Vale a observação de que o armazenamento de material pornográfico infantil é crime previsto no art. 241-B do ECA e não vamos nos estender sobre o tema, entretanto, também entendemos que se o armazenamento do material for dentro do contexto que estamos trazendo, o fato será atípico.

Não nos parece justo que o adolescente com 14 anos ou mais possa ter discernimento estabelecido por lei para manter relações sexuais ou praticar quaisquer atos libidinosos com quem quer que seja e quando este consentir em ser filmado em uma relação sexual possa figurar como vítima. Como ficaria uma filmagem em que dois adolescentes, um de 15 e outro de 16, resolvessem se filmar num ato sexual?

Pela lei, ambos cometeriam a infração penal, pois o art. 240 do ECA não diz que a penalidade será aplicada somente para aquele que for maior de idade. Será que o fim para com o qual o artigo de lei fora criado seria atendido com ambos os adolescentes respondendo “criminalmente” por ato infracional equiparado ao crime do art. 240 ECA? Fica a reflexão.

Observando o art. 241-E do ECA, este vai contra o nosso entendimento, pois ao estabelecer que “qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícita”, engloba, também, a situação que entendemos que o crime não restará configurado:

Art. 241-E. Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão “cena de sexo explícito ou pornográfica” compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

Por fim, como o direito é um conjunto de normas que visa regulamentar o comportamento humano e está em constante mutação, necessário se faz discutir temas estabelecidos com a finalidade de, cada vez mais, adequá-los aos momentos de transformação da sociedade. 



**DENIS CARAMIGO VENTURA** é Advogado criminalista.



## Teoria dos equivalentes implícitos – Atividade de investigação criminal pelo Ministério Público – Equiparação a atividade policial – Necessidade de controle externo

■ POR LÍBERO PENELLO DE CARVALHO FILHO

**“Um controle externo de uma atividade tão melindrosa quanto a investigação criminal já se fez necessário de forma concreta na atuação cotidiana do *parquet*. O controle externo, antes de significar enfraquecimento, traz em si o fortalecimento do Estado, da democracia, da segurança jurídica.”**

**A**o longo dos anos, intensa polêmica envolvendo as relações entre Ministério Público e polícias, o controle externo do primeiro sobre as segundas, os limites de tal controle, o poder investigativo do Ministério Público, dentre outros aspectos, instalou-se no meio jurídico nacional.

Todas as abordagens desta polêmica, porém, sempre envolvem as seguintes questões: quais os limites do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público? O poder investigativo do Ministério Público tem base legal e constitucional? Quais seus fundamentos e limites? O controle externo, após trinta e três anos de Constituição Federal, apresentou resultados? A polícia melhorou, está mais eficiente?

Já de início, esclarecemos que NÃO será esta a nossa abordagem principal. Trata-se de questões que não são mais novidade no meio doutrinário acadêmico. Nossa abordagem, na verdade, parte da suposição de que a legalidade, a legitimidade e a eficiência foram estabelecidas e comprovadas. Nesta hipótese, analisamos: a investigação criminal pelo Ministério Público equipara-se à investigação criminal pela Polícia Civil? Caso afirmativa a resposta, esta atividade de investigação criminal do Ministério Público não deveria sujeitar-se, também ela, por seus fundamentos e natureza, a controle externo?

O uso da lógica jurídica é de muita valia na presente análise, mas desde já alertamos: a análise lógica se aparta da análise política. A primeira é feita de forma técnica, imparcial, enquanto a segunda é figadal, conveniente, oportunista e utilitarista. Pretendemos abordar a questão, portanto, de forma lógico-jurídica.

## **O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 593.727/STF E A INVESTIGAÇÃO MINISTERIAL**

Quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 593.727/STF, o Ministério Público viu reconhecida, pelo menos pela jurisprudência, sua atribuição de instaurar e conduzir investigações criminais preliminares, de forma direta, tal qual um inquérito policial, mas com o nome de procedimento de investigação criminal – PIC.

Este entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do Recurso extraordinário nº 593.727 veio corroborar o entendimento de parte da doutrina brasileira e estabeleceu tímidas limitações ao poder investigatório do Ministério Público, limitações estas genéricas, já existentes no que tange ao inquérito policial.

A diferença, porém, é que enquanto a atividade investigativa criminal policial se sujeita a controle externo pelo Ministério Público, a atividade investigativa criminal ministerial não possui controle estrito.

Em primeiro lugar, notamos que a elevação do MP à condição de instituição permanente em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis trouxe-lhe a contrapartida: o dever de se submeter aos princípios que defende, em nome da proteção do Estado Democrático de Direito.

Sem controle externo, o ente representante da administração pública não atua em transparência absoluta, comprometendo, de forma grave, esta defesa do Estado Democrático de Direito. Importante ressaltar que, ainda que o texto constitucional tenha posicionado o Ministério Público fora do capítulo reservado aos poderes da república, é fato que o Ministério Público não foi alçado

à condição de “quarto poder”, devendo sujeitar-se às normas de controle e transparência das funções públicas.

O Conselho Nacional do Ministério Público, criado pela emenda constitucional nº 45/2004 e regulamentado pela Lei nº 11.372/2006, não pode ser considerado órgão de controle externo do Ministério Público. O fundamento para esta desconsideração não se limita às funções do dito conselho, mas também à sua composição:

Art. 130-A:

I – o Procurador-Geral da República, que o preside;

II – quatro membros do Ministério Público da União, assegurada a representação de cada uma de suas carreiras;

III – três membros do Ministério Público dos Estados;

IV – dois juízes, indicados um pelo Supremo Tribunal Federal e outro pelo Superior Tribunal de Justiça;

V – dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VI – dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

A composição majoritária é de membros do MP (são oito) e o CNMP não se sujeita a ninguém. Ou seja, não se presta a controle externo da atividade policial do MP. É, na verdade, controle interno, assim como também o são as ouvidorias do Ministério Público, criadas pela mesma EC nº 45/2004.

Impõe-se, deste modo, primeiro estabelecer se há identidade entre inquérito policial e procedimento de investigação criminal, entre investigação criminal pela polícia e investigação criminal pelo Ministério Público.

Capez (2017, p. 156-157) explica que a atividade investigatória em nenhum momento foi exclusividade da polícia judiciária, sendo que no nosso ordenamento jurídico há órgãos do Estado que a exercem, entre eles, a ABIN (Agência Brasileira de Inteligência) e a Receita Federal.

Bulos (2014, p. 1421) esclarece que a atribuição conferida pela CRFB/1988 na função de apuração de infrações penais à polícia federal e às polícias civis não institui exclusividade ao poder investigatório criminal, pois tal exclusividade visa “diferenciar a competência da Polícia Federal das funções exercidas pelas demais polícias”. Desta forma, o autor não encontra violação da norma constitucional que confere exclusividade das funções de polícia judiciária da União à polícia federal quando o *parquet*, “por autoridade própria”, promove “investigações criminais”.

Ora, destas observações veiculadas pelos juristas mencionados, nota-se que, estando eles certos, a atribuição de efetuar investigações criminais no sentido de apurar autoria e materialidade e propiciar o oferecimento de denúncia e conseqüente ajuizamento de ação penal foi repartida entre polícia e *parquet*.

Observa-se que o fundamento objetivo cerne de tal repartição não considerou a simples natureza diferenciada das instituições, e sim a identidade das

funções criminais: colher subsídios para a indicação de autoria e materialidade e ajuizamento da ação penal correspondente.

O que foi repartido foi a atividade de investigar crimes, e esta não se transmuta em sua essência quando parte de âmbito policial em direção ao âmbito ministerial. Continua a mesma atividade, com as mesmas funções e objetivos, apenas desempenhada em esferas institucionais diferentes.

Trata-se, aqui, de uma espécie de “competência concorrente”, entre polícia e Ministério Público, das funções de investigação criminal. Foi o que reconheceram a doutrina e a jurisprudência, ao declararem que a atividade de investigação criminal não era exclusiva da polícia.

Assim, torna-se concorrente a competência, sem, no entanto, descaracterizar-se a função investigativa, tal como ocorre em todas as outras hipóteses de competência concorrente previstas constitucionalmente.

A tentativa de tornar o procedimento de investigação criminal – PIC um instituto totalmente diferente do inquérito policial – IP passa por argumentos que não se sustentam. É uma tentativa estrategicamente pensada: estabelecida alguma diferença essencial entre PIC e IP, fica mais fácil descolar o PIC da atividade de segurança pública e torná-lo uma espécie de “instrumento ministerial em prol da justiça”. Com isso, as regras aplicáveis ao IP não serviriam para o PIC.

Lupo (2010), Promotor de Justiça aposentado, afirma:

À semelhança do inquérito policial ou do termo circunstanciado presidido pela autoridade policial civil (estadual ou federal) ou militar – que realiza diligências de Polícia Judiciária –, cabe ao Ministério Público promover investigação criminal, como o faz quando investiga no inquérito civil na defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ou na tutela de interesses meramente individuais, diante de sua indisponibilidade, por força da Lei da Ação Civil Pública (nº 7.347/85).

A natureza jurídica do PIC se assemelha à do inquérito policial ou do termo circunstanciado. Nestes, visa-se à apuração de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o Ministério Público, titular da ação penal, possa ingressar em juízo, enquanto naquele, o próprio *Parquet* investiga e promove a ação penal.

...

Todavia, existe relevante diferença na condução das investigações: enquanto a autoridade policial pode proceder ao formal indiciamento, o Ministério Público simplesmente promove o indiciamento do suspeito. E isso pode ter consequências na ação penal em relação ao registro criminal.

Com efeito, indiciamento e formal indiciamento não se confundem.

Indiciar é apontar alguém como autor, coautor ou partícipe de uma infração penal, administrativa ou civil. Assim, o indiciamento pode ocorrer, por exemplo, no termo circunstanciado, no inquérito policial, no PIC – procedimento investigatório criminal (penal) –, na sindicância ou processo administrativo, no inquérito civil, na representação administrativa, no procedimento preparatório de inquérito civil, na comissão parlamentar de inquérito (civil ou administrativa), dentre outros.

Portanto, no PIC presidido pelo Promotor de Justiça ou Procurador da República, é promovido o indiciamento do suspeito ou investigado.

Já o formal indiciamento é ato privativo da autoridade policial, consistindo em ato administrativo complexo (Lei 12.830/13 – art. 2º, parágrafo 6º).

...

Nos PICs o Ministério Público promove o indiciamento do suspeito, como dito, porém, sem que os dados sobre o crime, como a data do cometimento da infração penal, a qualificação do suspeito correspondente ao número do procedimento e a imputação jurídica sejam enviados ao Instituto de Identificação e Estatística, ou repartição congênere.

Caso o procedimento seja arquivado, as informações sobre aquela investigação ficarão restritas aos registros internos da Instituição, desde que os nomes dos suspeitos sejam devidamente inseridos no sistema.

Apenas na hipótese de oferecimento e conseqüente recebimento da denúncia originária de PIC os dados do indiciado, que pode virar réu, são comunicados ao Instituto de Identificação e Estatísticas ou repartição congênere por conta das Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça Paulista. (grifos nossos)

O que se vê neste trecho transcrito acima é que seu autor estabelece identidade fundamental entre inquérito policial e procedimento de investigação criminal, tanto na sua estrutura quanto na sua finalidade.

O autor, porém, tenta diferenciar inquérito policial e procedimento de investigação criminal trazendo argumento juridicamente irrelevante no âmbito de existência e atuação de ambos os procedimentos de investigação preliminar.

Com efeito, o autor alega que o inquérito policial produz indiciamento formal, enquanto o procedimento de investigação criminal produziria apenas indiciamento. A tese é de que o inquérito policial insere dados de identificação do investigado nos bancos de dados gerais, enquanto o procedimento de investigação criminal não o faz, mantendo os dados do investigado apenas em arquivo interno da Promotoria que o investigou.

Esta argumentação do autor é de mera filigrana jurídica, posto que: a) o inquérito policial é considerado (ainda) mera peça informativa, não sendo imprescindível à propositura da ação penal se o Ministério Público já dispõe de elementos suficientes para tanto, donde se conclui que, pelo menos no que concerne ao argumento do autor mencionado, a existência ou não do indiciamento formal não traduz elemento fundamental para diferenciar inquérito policial e procedimento de investigação criminal, pois pode haver ajuizamento de ação penal mesmo sem inquérito policial; b) o fato de os dados do investigado em procedimentos de investigação criminal não serem compartilhados em bancos de dados como o do poder judiciário, por exemplo, só reforça a constatação de falta de transparência e de necessidade de controle externo de tal atividade investigativa ministerial.

Além disso, é nas próprias palavras do Ministério Público que encontramos a definição do procedimento de investigação criminal – PIC:



O procedimento investigatório criminal é instaurado membro do Ministério Público e tem como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de natureza pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal. (<http://www.transparencia.mpf.mp.br/conteudo/atividade-fim/procedimentos-investigatorios>)

Procedimento Investigatório Criminal (PIC) – serve para investigar crimes e contravenções penais por meio de coleta de dados, informações, documentos, perícias e depoimentos. É instaurado (iniciado) por portaria assinada pelo Promotor de Justiça e tem prazo de conclusão de 90 dias, podendo ser prorrogado, conforme a necessidade e a complexidade do Guia do Ministério Público da investigação. É independente da investigação policial ou sindicância de outros órgãos da Administração Pública. Durante o PIC, o Promotor de Justiça poderá requisitar a instauração de inquérito pela Polícia. Se a investigação apontar a ocorrência de crime, o Promotor de Justiça deverá propor a ação penal pública (ação criminal). Caso contrário, pode requerer o arquivamento. (<https://www.mpsc.mp.br/atendimento-ao-cidadao/glossario>)

Há, portanto, um jogo de palavras, uma aplicação estudada de rótulos e etiquetas, encontrada, por exemplo, no uso constante do termo “justiça” quando se constrói o imaginário popular em torno do Ministério Público, o qual passa a ser associado ao poder judiciário, embora não seja integrante de tal poder.

## OS PODERES IMPLÍCITOS E OS DEVERES IMPLÍCITOS – OS EQUIVALENTES

Ensina Luiz Flávio Gomes:

Sob o aspecto jurídico, as interpretações sistemática, lógica e, até mesmo, gramatical do art. 129 da Constituição Federal não permitem extrair outra conclusão exceto aquela de que o Ministério Público não possui poderes de investigação criminal. O texto é claro e expresso em indicar, como função institucional ministerial, a promoção da ação penal pública, do inquérito civil e da ação civil pública. Quanto ao inquérito policial, limita-se a atribuir ao Ministério Público a requisição de sua instauração. Nesse particular, não tem lugar de hermenêutica dos poderes implícitos.

Como é notório e sabido, nosso Supremo Tribunal Federal, desconsiderando vício de origem (a questão deveria ter sido tratada em sede de poder constituinte originário, e não derivado), houve por bem não entender como o prestigiado jurista mencionado, embora em outras eras, com composição diferente, tenha entendido o inverso:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. MINISTÉRIOPÚBLICO. INQUÉRITO ADMINISTRATIVO. NÚCLEO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL/DF.PORTARIA. PUBLICIDADE. ATOS DE INVESTIGAÇÃO. INQUIRIRÃO. ILEGITIMIDADE. (...) A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias

e a instauração de Inquérito policial (CF, art. 129, VIII). A norma constitucional não contemplou a possibilidade do *parquet* realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime. Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial. (STF – RHC 81.326-7 – Relator Ministro Nelson Jobim – DJ.01.08.2003).

O entendimento acima também estava presente no Recurso Extraordinário de nº 233.072-4 RJ, Relator Ministro Marco Aurélio, bem como nas palavras do próprio Ministério Público Federal, em tempos em que a boa técnica imperava, como em parecer da lavra do Subprocurador da República Jair Brandão de Souza Meira, datado de 26.11.1998, perante o STJ, no RHC de nº 8106/DF

(...) Em princípio, pode o Ministério Público dispensar Inquérito Policial, quando lhe são encaminhadas peças de informação suficientes podendo ainda requisitar diligências necessárias, para o oferecimento da denúncia. Contudo, no caso *sub judice*, verifica-se um extrapolamento das funções institucionais do Ministério Público, ao substituir à Polícia Judiciária, formulando a investigação e a denúncia...

Na esteira da exploração jurisprudencial do direito anglo-saxão (caso *McCulloch v. Maryland*, 1819), nosso Supremo Tribunal Federal considerou aplicável a teoria dos poderes implícitos quando do julgamento do HC 93.930, que já questionava o poder de investigação do Ministério Público.

No referido julgamento, o Ministro Celso de Mello afirmou que tal teoria dos poderes implícitos implica que “a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos”.

A expressão “meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos” é de suma importância. Significa que o procedimento de investigação criminal – PIC é necessário para a consecução dos fins atribuídos ao Ministério Público. Se o PIC é meio para obtenção de provas e indícios que levem à autoria e materialidade de uma conduta criminosa, tem-se que é exatamente esta a atividade-fim acrescida às atividades do Ministério Público com a conquista do poder de investigar: apurar autoria e materialidade a fim de propiciar o oferecimento da ação penal. Ora, esta natureza do PIC não é nem mais nem menos do que a mesma do IP.

A promotoria criminal possui como atividade-fim, dentre outras, apuração de autoria e materialidade para ajuizamento da ação penal. A Polícia Civil possui como atividade-fim, dentre outras, exatamente a mesma do Ministério Público. O simples fato de o Ministério Público criminal possuir atribuições outras além da investigação não descaracteriza esta atividade-fim. A Polícia Civil possui outras atribuições, pouco comentadas, como licença e alvarás de eventos, de funcionamento de estabelecimentos comerciais, de serviços de identidade civil.

Silva (2011, p. 84-85) relaciona os atos investigatórios do Ministério Público como atividade-meio para sua atividade-fim, que seria a apuração da autoria

e materialidade do delito. Se Silva estiver correto, a atividade investigativa do Ministério Público é fundamentalmente igual à da Polícia Civil e, portanto, o PIC tem os mesmos princípios constitucionais a observar, tal como o IP.

Silva prossegue, sobre a Constituição Federal:

“se ela outorgou expressamente a quem quer que seja o que se tem como meio para atingir o fim previsto, não há falar em poderes explícitos”. E finaliza explicando que o texto constitucional atribuiu às investigações de natureza penal à polícia judiciária, não cabendo “a nenhum outro órgão ou instituição, nem, portanto, ao Ministério Público” (SILVA, 2011, p. 85-86).

Como se vê, é um posicionamento em prol da exclusividade do poder de investigação pela Polícia Civil, porém, como é sabido e notório, o Supremo Tribunal Federal entendeu aplicável a teoria dos poderes implícitos, lendo nas entrelinhas do silêncio constitucional uma autorização para repartição de competência entre Polícia Civil e Ministério Público para investigar crimes.

Em palavras bem simples, para a consecução de um fim necessário, os meios serão permitidos sempre que for estabelecida uma competência geral para fazer algo. Neste caso, consideram-se implícitos os poderes para realizar este fim necessário.

O Ministro Celso de Mello, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797 – 2 – DF, disse:

“(…) Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso McCULLOCH v. MARYLAND (1819), enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos. Cabe assinalar, ante a sua extrema pertinência, o autorizado magistério de MARCELO CAETANO (“Direito Constitucional”, vol. II/12-13, item n. 9, 1978, Forense), cuja observação, no tema, referindo-se aos processos de hermenêutica constitucional – e não aos processos de elaboração legislativa – assinala que, ‘Em relação aos poderes dos órgãos ou das pessoas físicas ou jurídicas, admite-se, por exemplo, a interpretação extensiva, sobretudo pela determinação dos poderes que estejam implícitos noutros expressamente atribuídos’ (grifei). Esta Suprema Corte, ao exercer o seu poder de indagação constitucional – consoante adverte CASTRO NUNES (Teoria e Prática do Poder Judiciário, p. 641/650, 1943, Forense) – deve ter presente, sempre, *essa técnica lógico-racional, fundada na teoria jurídica dos poderes implícitos, para, através dela, mediante interpretação judicial (e não legislativa), conferir eficácia real ao conteúdo e ao exercício de dada competência constitucional, consideradas as atribuições do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça, tais como expressamente relacionadas no texto da própria Constituição da República. Não constitui demasia relembrar, neste ponto, Senhora Presidente, a lição definitiva de*

RUI BARBOSA (Comentários à Constituição Federal Brasileira, vol. I/203-225, coligidos e ordenados por Homero Pires, 1932, Saraiva), cuja precisa abordagem da teoria dos poderes implícitos – após referir as opiniões de JOHN MARSHALL, de WILLOUGHBY, de JAMES MADISON e de JOÃO BARBALHO – assinala: ‘Nos Estados Unidos, é, desde MARSHALL, que essa verdade se afirma, não só para o nosso regime, mas para todos os regimes. *Essa verdade fundada pelo bom senso é a de que – em se querendo os fins, se não de querer, necessariamente, os meios; a de que se conferimos a uma autoridade uma função, implicitamente lhe conferimos os meios eficazes para exercer essas funções.* (...) Quer dizer (princípio indiscutível) que, uma vez conferida uma atribuição, nela se consideram envolvidos todos os meios necessários para a sua execução regular. Este, o princípio; esta, a regra. Trata-se, portanto, de uma verdade que se estriba ao mesmo tempo em dois fundamentos inabaláveis, fundamento da razão geral, do senso universal, da verdade evidente em toda a parte – *o princípio de que a concessão dos fins importa a concessão dos meios* (...)’ (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797-2 – Distrito Federal) (grifos nossos).

Grifamos trechos do voto do eminente Ministro, onde se menciona uma “técnica lógico-racional, fundada na teoria jurídica dos poderes implícitos, para, através dela, mediante interpretação judicial (e não legislativa), conferir eficácia real ao conteúdo e ao exercício de dada competência constitucional; uma “verdade fundada pelo bom senso é a de que – em se querendo os fins, se não de querer, necessariamente, os meios”; “a de que se conferimos a uma autoridade uma função, implicitamente lhe conferimos os meios eficazes para exercer essas funções”; e “o princípio de que a concessão dos fins importa a concessão dos meios”.

Os trechos foram grifados porque a técnica lógico-racional que confere eficácia ao conteúdo constitucional, fundada no bom senso, que propicia os meios eficazes para exercer tais funções, implica nos consequentes deveres implícitos que acompanham todos os direitos. Trata-se de binômio necessário, direitos-deveres. Deveres sem direitos são escravidão. Direitos sem deveres são anarquia. Toda atribuição de poderes implica na correspondente atribuição de deveres.

Poderes implícitos importam nos correspondentes deveres implícitos: conquistando o mesmo poder de investigação da Polícia Civil, o Ministério Público atraiu para si o necessário controle externo de sua atividade investigativa. A explicação é simples: no exercício de suas investigações criminais, o Ministério Público se vale de oitivas, provas técnicas, operações policiais, enfim, ampla e integral atividade de segurança pública, com ou sem o auxílio de alguma polícia.

Assim, as tímidas limitações ao poder de investigar do Ministério Público, veiculadas na decisão do STF quando confirmou tal poder ministerial, são insuficientes, na medida em que o Ministério Público migrou para atuação direta em área de segurança pública, adotando atribuições próprias de polícia.

Ao buscarmos os fundamentos constitucionais e as finalidades do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, encontramos como

justificativa o fato de que num estado democrático de direito a polícia não pode ser independente e sem controles, antes deve submeter-se a um chamado conjunto de relações de fiscalização.

Trata-se de uma justificativa no mínimo inconsistente, pois carrega consigo alguns equívocos conceituais: parte do pressuposto de que polícia independente é polícia sem controles. Nada mais errado. É perfeitamente cabível um órgão independente submeter-se a controle interno e externo. Independência e descontrole são substantivos que não se misturam.

Na administração pública, salvo raríssimas e questionáveis exceções, os órgãos são independentes, porém passam pela fiscalização de suas atividades, fiscalização esta interna, por suas corregedorias e ouvidorias, e externa. É comum tal controle externo na administração pública, sendo reprovável a ausência de controle externo sobre algum órgão ou instituição, o que pode ser interpretado como falta de transparência, de moralidade administrativa, resquício da natureza imperial absolutista que estas instituições tiveram um dia.

Um órgão ou instituição não pode furtrar-se ao controle externo de suas atividades sob o fundamento de que é independente e autônomo. Repetimos: independente e autônomo não é sinônimo de imune a controle. Ademais, o Ministério Público é composto de seres humanos, falíveis e imperfeitos como qualquer um de nós. O risco de ocorrerem arbitrariedades, ilegalidades e comprometimento da promoção da segurança pública não é exclusivo da atividade policial, existe, isto sim, em toda e qualquer atividade envolvendo a apuração de crimes, não sendo justificável uma instituição que exerça estas atividades se julgar imune a tais erros.

No art. 3º da LC 75/1993, as finalidades do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público vêm assim elencadas:

“Art. 3º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial tendo em vista:

(a) o respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, aos princípios informadores das relações internacionais, bem como aos direitos assegurados na Constituição Federal e na lei;

(b) a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público;

(c) a prevenção e a correção de ilegalidade ou de abuso de poder;

(d) a indisponibilidade da persecução penal;

(e) a competência dos órgãos incumbidos da segurança pública.”

O texto legal transcrito é de 1993. Com a alteração de algumas atribuições do Ministério Público, dentre as quais o poder de investigar conquistado em 2015, a essência axiológica e teleológica da norma impunha sua aplicação, na devida contrapartida, ao Ministério Público. Sem autorregulação, mas em lei própria.

Explicamos: ao passar a exercer atividades que não exercia, atividades estas também exercidas pela Polícia Civil, o Ministério Público atraiu para si o

dever de observar cada um dos itens do art. 3º transcrito. E esta observação só se reveste de legalidade, legitimidade e moralidade através do controle externo destas atividades. Não se pode falar de respeito aos fundamentos do estado democrático de direito, preservação da ordem pública e da incolumidade pública, prevenção de ilegalidades e abuso de poder sem controle externo. Repetimos: poderes implícitos impõem deveres implícitos.

É típico de um estado democrático de direito um sistema de direitos fundamentais calcado na separação dos poderes, na fiscalização recíproca, na proteção jurídica, responsabilização dos servidores, na participação democrática. Nada disso ocorre quando ausente o controle externo.

Ávila (2017) cita:

Os mecanismos de controle externo são uma sofisticação da ideia embrionária de Montesquieu de separação de poderes para controles recíprocos, já que se institucionaliza um mecanismo de fiscalização, destinado a assegurar a proteção jurídica dos cidadãos.

De se observar que este controle recíproco característico da separação de poderes e de importante papel ao assegurar proteção jurídica aos cidadãos não existe no caso do Ministério Público, o qual segue sem controle externo de suas atividades. E prossegue Ávila:

Um dos aspectos mais centrais da ideia de controle externo é promover a responsabilização do órgão controlado, como mecanismo de adesão à pauta normativa. Finalmente, o Estado de Direito não se realiza fora do paradigma democrático, sendo necessário criar canais que instrumentalizem a participação democrática na construção de políticas públicas. Nessa última perspectiva, a segurança pública deve ser vista como uma política pública de concretização de direitos fundamentais sociais, devendo o órgão de controle externo assegurar que haja transparência na atuação do órgão controlado, de forma a assegurar que o controle democrático seja devidamente exercitado, contribuindo com relatórios periódicos de fiscalização e com recomendações de aperfeiçoamento.<sup>5</sup>

Ora, do trecho transcrito acima se extrai que investigação criminal, operações etc. são atividades vinculadas à segurança pública. Deve haver controle externo. Não pode fazer parte do universo constitucional a interpretação que exclua o MP do controle externo.

Por fim, Ávila faz os seguintes apontamentos:

O controle pelo Ministério Público do inquérito deriva da finalidade do inquérito em si mesmo: instrumento de averiguação da prática ou não de um crime, destinado a fundamentar uma decisão de promoção ou não da ação penal. O inquérito não é autorreferencial, há uma “vinculação teleológica do inquérito como complexo de atos”<sup>12</sup> consistente em recolher os elementos necessários para sustentar a propositura da ação penal, pois é requisito de admis-



sibilidade da acusação a existência de indícios suficientes.<sup>13</sup>O inquérito é um “procedimento para a acusação”.

COMENTAMOS: Ora, o procedimento de investigação criminal é absolutamente a mesma coisa: um instrumento de averiguação da prática ou não de um crime, destinado a fundamentar uma decisão de promoção ou não da ação penal. Sua vinculação teleológica com a propositura da ação penal é a mesma do inquérito policial: o PIC também é um procedimento para a acusação.

Essa tendência europeia está expressa na Recomendação REC (2000) 19 do Conselho da Europa, sobre o papel do Ministério Público num sistema criminal, que estabelece a função do Ministério Público de exercer: (i) direção da atividade investigativa,

COMENTAMOS: A Recomendação 19/2000 do Conselho da Europa trata também dos deveres do Ministério Público e deixa entrever a condição especial de uma instituição ministerial que se posiciona fora do alcance de todos os deveres. Por não ser o Brasil estado integrante do Conselho da Europa e por não desejarmos alongar este texto com considerações inespecíficas, sugerimos a leitura integral da mencionada Resolução.

## A ATIVIDADE POLICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Com fardamento, equipamento, viaturas e pessoal próprios, o ministério público efetua operações policiais, com ou sem auxílio das polícias, em combate a todo tipo de crime, inclusive tráfico de drogas e organizações criminosas, com vistas a alimentar os procedimentos de investigação criminal – PIC’s, numa amplitude e difusão (vide Luiz Roberto Barroso) que confirmam sua plena atividade policial, seja de forma imediata (Pic’s), seja de forma mediata (fazendo requisições em IP’s). Conforme se vê a seguir:





**Operação do MP prende falsificad...**  
[jornalnh.com.br](http://jornalnh.com.br)



**Operação Ostentação: MP-PR den...**  
[ricmais.com.br](http://ricmais.com.br)



Gaeco e Núcleo de Inteligência do ...  
[mpap.mp.br](http://mpap.mp.br)



Operação do MP apura irregularida...  
[litoralnarede.com.br](http://litoralnarede.com.br)





## Operação do MP bate à porta do p... [colunaolavodutra.com.br](http://colunaolavodutra.com.br)

Por vezes, as identificações se confundem numa mesma vestimenta, o que denota a nova feição policial do Ministério Público.



## Notícias :: Página Principal :: Porta... [mpgo.mp.br](http://mpgo.mp.br)



**MP apura fraude em licitações de ...**  
[metropoles.com](http://metropoles.com)



**Notícias :: Página Principal :: Porta...**  
[mpgo.mp.br](http://mpgo.mp.br)

O uso de viaturas próprias caracteriza as operações policiais do Ministério Público



## Operação do MP em Itaperuna apr... [imprensadeplantaio.com.br](http://imprensadeplantaio.com.br)

Por vezes, a imprensa chega a confundir as instituições policiais com o Ministério Público, dado o novo caráter policial das operações do *parquet*.

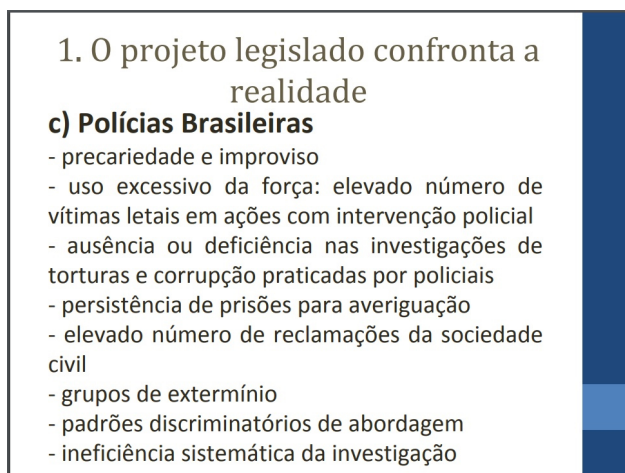


## Ministério Público do Espírito Sant... [mpes.mp.br](http://mpes.mp.br)



## A INEFICÁCIA DO CONTROLE EXTERNO APÓS TRINTA ANOS DE EXISTÊNCIA

Há toda uma propaganda, uma construção do imaginário popular sobre a precariedade estrutural e desvios da ação policial, construída em palestras como a do Ministério Público do Estado do Paraná, Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais, do Júri e de Execuções Penais, Grupo de Atuação Especializado em Segurança Pública (GAESP), datada de 20/09/2018 (disponível em [https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Apresentacao\\_bh\\_-\\_controle\\_externo.pdf](https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Apresentacao_bh_-_controle_externo.pdf)), ilustrada com slides interessantes, tais como:

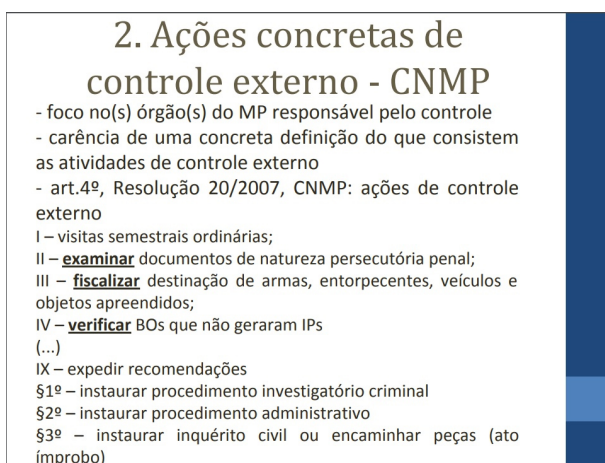


1. O projeto legislado confronta a realidade

**c) Polícias Brasileiras**

- precariedade e improviso
- uso excessivo da força: elevado número de vítimas letais em ações com intervenção policial
- ausência ou deficiência nas investigações de torturas e corrupção praticadas por policiais
- persistência de prisões para averiguação
- elevado número de reclamações da sociedade civil
- grupos de extermínio
- padrões discriminatórios de abordagem
- ineficiência sistemática da investigação

No slide acima, nota-se que o Ministério Público, trinta anos depois de instituído o controle externo da atividade policial, ainda continua discutindo os problemas ali elencados, como se o Brasil ainda estivesse nos anos 1970. Isto demonstra que após três décadas, o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público não trouxe medidas práticas para a solução de eventuais mazelas policiais, as quais, diga-se de passagem, se modificaram com o passar do tempo. O policial de hoje está muito mais qualificado do que o de ontem.



2. Ações concretas de controle externo - CNMP

- foco no(s) órgão(s) do MP responsável pelo controle
- carência de uma concreta definição do que consistem as atividades de controle externo
- art.4º, Resolução 20/2007, CNMP: ações de controle externo
- I – visitas semestrais ordinárias;
- II – **examinar** documentos de natureza persecutória penal;
- III – **fiscalizar** destinação de armas, entorpecentes, veículos e objetos apreendidos;
- IV – **verificar** BOs que não geraram IPs (...)
- IX – expedir recomendações
- §1º – instaurar procedimento investigatório criminal
- §2º – instaurar procedimento administrativo
- §3º – instaurar inquérito civil ou encaminhar peças (ato ímprobo)

No slide acima, nota-se que o foco está muito mais nos órgãos do Ministério Público responsáveis pelo controle externo da atividade policial do que

propriamente na melhoria de tal atividade. Observa-se ainda, ali, uma auto-crítica: trinta anos depois de instituído o referido controle externo, ainda se discute carência de concreta definição do que sejam as atividades de controle externo da atividade policial.

O art. 4º da Resolução CNMP 20/2007 estabelecem atribuições que, pelo menos hipoteticamente, deveriam ter sido capazes de eliminar a necessidade de trinta anos depois, ainda se estar discutindo graves mazelas policiais.

**1. Desafios ao MP - 30 anos de CF**

**d) Ministério Público e controle externo da atividade policial**

- legislação não define concretamente quais seriam as ações de controle externo: CF/88; LC 75/93; Lei 8.625/93
- no âmbito Institucional: falta de priorização; arranjos organizacionais inadequados; carência de políticas Institucionais; cultura organizacional leniente com os desvios de conduta policiais; aperfeiçoamento funcional frágil
- baixa produção científica
- atuação burocratizada, de baixa resolutividade (Resolução 20/2007, CNMP)
- ações isoladas e desconexas: ambiente de descontrole

No slide acima, apontam-se problemas estruturais e institucionais cuja solução seria, evidentemente, o controle externo das atividades ministeriais, se não total, pelo menos sobre a atividade policial exercida pelo Ministério Público. Os problemas que o Ministério Público aponta como sendo das polícias, na verdade, são também seus, pois os adquiriu ao assumir a responsabilidade de um controle externo da atividade policial que resulta ineficaz após trinta anos.

**2. Ações concretas de controle externo – política Institucional de MP**

- no âmbito do controle concentrado os resultados de responsabilização individual são obtidos raramente e com extremo sacrifício
- persistência dos desvios: necessidade de compreensão dos fatores organizacionais que permitem e fomentam a perpetuação de práticas ilícitas
- no âmbito do controle concentrado cumpre estabelecer uma mudança nos métodos de trabalho do MP em relação à investigação policial
- releitura normativa capaz de fazer compreender que o MP é o diretor mediato da atividade policial de investigação
- mudança cultural dos membros do MP brasileiro

O slide acima é esclarecedor. Nele, o Ministério Público se autodenomina “diretor mediato da atividade policial de investigação” e aponta para uma “mudança cultural dos membros do Ministério Público”.

São afirmativas esclarecedoras, na medida em que parte do próprio Ministério Público a iniciativa de assumir suas novas funções policiais, como órgão de atuação na segurança pública e na investigação policial.

Os poderes, se antes eram implícitos, passaram a ser explícitos por autoimposição do Ministério Público. Coroando a si mesmo com tais adjetivos, o Ministério Público atrai os deveres correspondentes, dentre eles sujeição a controle externo de sua atividade policial, ainda não discutido, mas de extrema urgência.

**2. Ações concretas de controle externo – política Institucional de MP**

- a maior concretude da Resolução 20/2007 em relação à lei parece não ter solucionado o problema
- indefinição quanto a natureza da atividade de controle correspondente à ação
- arranjos de cada MP: distintos interesses e realidades
- carência de discussão sobre o que se pretende com a atividade de controle externo da atividade policial e como alcançar esses objetivos
- planejamento e política Institucional do Ministério Público para a área criminal (controle externo)

O slide acima é autoexplicativo e justifica, por suas próprias razões, a necessidade imperiosa de controle externo da atividade ministerial. Nenhuma instituição pública é capaz de se bastar, se fechar em si mesma, se autorregular, sem controle externo, pois tal fato atrai a sombra da obscuridade, da falta de transparência integral, por mais que queiramos acreditar num ideal de perfeição e honestidade absoluta e inquestionável.


Observamos, assim, como o Ministério Público tem atuado e publicizado suas operações policiais e vimos como passou a exercer o papel de polícia, nos termos do afirmado por Luis Roberto Barroso

Os slides trazidos acima narram sobre uma precariedade nos serviços policiais, porém tal fato é aumentado e politicamente explorado, como mostra reportagens pontuais e mesmo “memes” de muito mau gosto, como este abaixo, da mesma palestra, o qual traz a sensação de que a polícia é uma instituição viciada e integralmente comprometida, o que não é verdade:

**3. Controles extraprocessuais: auditoria dos padrões de atuação**

\* Código do Silêncio

- a) USA – Comissões Knapp e Mollen (NYPD) e Christopher (LAPD)
- b) Manifestações – omissão em reportar aos superiores; falso testemunho
- c) Valor da lealdade policial e auto-proteção recíproca
- d) Sanções informais
- e) Omissão sistêmica nos controles internos



(Tradução da imagem: “Você prenderia um ‘tira’(sic) colega seu se ele infringisse a lei?” “Não”. “Você está contratada!”)

Além disso, a imagem acima demonstra que o Ministério Público, após mais de trinta anos de controle externo da atividade policial, nada fez para

solucionar os problemas da polícia, limitando-se a apontá-los e se oferecer como alternativa, bem como se considera acima e fora do alcance de tais problemas, o que não corresponde à realidade,

Eluf (2020), Promotora e Procuradora de Justiça aposentada do estado de São Paulo, aduz:

Acontece que, munidos da possibilidade de investigar, denunciar, processar e pedir a condenação de alguém, os representantes da nobre instituição do Ministério Público Federal, em determinados casos, passaram à margem de alguns princípios fundamentais da Justiça, tais como o direito à ampla defesa, à imparcialidade do agente público (apesar de ser parte no processo, a atuação do membro do MP deve ser isenta e ponderada, não se admitindo ideias preconcebidas ou empenho persecutório exacerbado), além dos direitos civis e dos direitos humanos previstos na Constituição federal. Tanto isso é verdade que, em janeiro de 2018, o Conselho Nacional do Ministério Público entendeu por bem regulamentar o procedimento referente ao PIC, estabelecendo normas para impor balizas de fundamental importância, dentre as quais a prevista no art. 9º da Resolução 183, de 24/01/2018, que assim diz: “O autor do fato investigado poderá apresentar, querendo, as informações que considerar adequadas, facultado o acompanhamento por defensor”.

Em verdade, não é recomendável deixar a cargo do suspeito a decisão de prestar informações sobre os fatos a ele atribuídos, mesmo porque, na prática, o investigado não fica sabendo que está sendo submetido à persecução penal, pois tudo é apurado sem divulgação e sem que se lhe deem ciência. Dessa forma, quando a acusação vem a público, já se encontra em curso uma ação penal, anteriormente desenvolvida de forma sigilosa durante um PIC, que desconsiderou o direito de ampla defesa, ao não permitir a manifestação do investigado, que ignorava a existência do procedimento contra si instaurado.

Houve casos em que os tidos como suspeitos, cientificados da existência do PIC por outros meios, não oficiais, solicitaram sua oitiva diretamente aos membros do *Parquet* encarregados das investigações, mas, ainda assim, tal solicitação não foi considerada e os investigados não conseguiram ser ouvidos. Diante da impossibilidade de o suspeito apresentar sua versão dos fatos, o processo penal começou desprezando o direito à ampla defesa.

É de observar que o Código de Processo Penal, ao abordar o inquérito policial, determina em seu art. 6º: “Logo que tiver conhecimento da prática de infração penal, a autoridade policial deverá: (...) IV – Ouvir o ofendido; V – Ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III, do Título VII, deste livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura”.

Explícita, portanto, a preocupação que sempre teve a legislação pátria em permitir a ampla defesa do acusado. No entanto, a criação do PIC, tanto no texto escrito quanto na prática, aboliu tais direitos, já de há muito consolda-

dos. Em certos casos, o investigado foi denunciado sem nenhuma observância das normas e garantias individuais.

A perseguição penal ganhou as manchetes divulgando fatos ainda não provados e atribuindo condutas criminosas a determinadas pessoas sem dar a elas o direito de defesa previsto na Constituição federal e no Código de Processo Penal. Escritórios de advocacia foram vasculhados pela polícia, mandados genéricos de busca e apreensão foram emitidos, em afronta aos mandamentos do art. 133 da Constituição federal, que estabelece a inviolabilidade dos advogados quanto a seus atos e manifestações no exercício da profissão.

Granzottto (2005), embora repisando uma discussão sobre o cabimento ou não do poder de investigação do Ministério Público, o que, pelo menos para nós, é discussão ultrapassada, traz, no entanto, questionamentos altamente pertinentes. Já há dezessete anos, afirmava e perguntava ele:

Nesse sentido, trazemos a colação a palavra do Mestre Afrânio Silva Jardim:

“Temos asseverado, em outras oportunidades, que o verdadeiro Estado de Direito não pode prescindir de mecanismos de controle de seus órgãos públicos. Este controle deve ser efetivado seja pelas instituições da sociedade civil, de forma difusa, seja pelos próprios órgãos estatais.”

Quanto ao sistema de freios e contrapesos, entendemos que, caso o Ministério Público investigasse diretamente, não haveria controle externo algum sobre a atividade investigativa. Primeiramente, por ser a fiscalização do inquérito sua missão precípua, nenhum outro órgão externo teria condições de fiscalizá-lo, quiçá o Judiciário, pois, assim agindo, acabaria se envolvendo com a investigação, tornando-se um juiz instrutor.

Ressalta-se mais uma vez que o judiciário se atém ao inquérito somente quanto às medidas cautelares constritivas de direitos, e não sobre seu correto andamento, tendo em vista sua imparcialidade.

Em outros termos, se é missão do Ministério Público controlar externamente a atividade policial, e esta função investigativa é própria da Polícia Judiciária, caso o próprio *Parquet* a avocasse, quem seria o responsável pelo controle externo da referida atividade? Certamente não seria a própria instituição ministerial, pois, assim agindo, não haveria controle externo, e sim interno.

Logo, com a investigação direta a cargo do Ministério Público, essa atividade ficaria sem controle externo algum, comprometendo o sistema de *check and balances*, e conseqüentemente, gerando nítido prejuízo ao indiciado e à sociedade, eis que a mesma não teria um órgão que fiscalizasse a correta atividade investigativa.

Nesse sentido, trazemos a colação a palavra de Luis Roberto Barroso: [13]

“Não é desimportante lembrar que a Polícia sujeita-se ao controle do Ministério Público. Mas se o Ministério Público desempenhar, de maneira ampla e difusa, o papel da Polícia, quem irá fiscalizá-lo?”

Apesar da vagueza do termo “ampla e difusa”, empregado por Luis Roberto Barroso, temos que tal termo se refere a uma atuação do Ministério Público como se polícia fosse, de forma geral, abrangente, englobando, senão todas, pelo menos a maioria das atividades desempenhadas pela polícia.

Na época em que foi cunhado o termo, no ano de 2005, ainda não havia experiência e observação prática da atuação do Ministério Público em poder investigativo direto. O tempo, porém, demonstrou que o Ministério Público, malgrado a seletividade infundada que envolve algumas de suas atuações investigativas, houve por bem atuar como órgão policial ou, ao menos, como órgão diretivo de ações policiais, o que traz o Ministério Público para o palco da segurança pública e lhe atrai a necessidade de controle externo.

Mazzilli (2005) ensinava:

Numa democracia, controles externos sempre são salutares; o que normalmente provoca maior polêmica é a forma de exercitar o controle. O controle externo faz parte da própria harmonia dos Poderes, inserindo-se no sistema de *freios e contrapesos*.

Pela natureza eletiva dos cargos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, o povo exerce diretamente um controle sobre os agentes desses Poderes. Sobre o Judiciário, entretanto, e também sobre o Ministério Público (que exerce uma parcela da soberania do Estado, na qualidade de *dominus litis*), não existe qualquer controle eletivo da população sobre seus integrantes.

Assim como ocorria sobre o Poder Judiciário ou quaisquer Poderes ou instituições do Estado, também sobre o Ministério Público deveria existir alguma forma de controle externo, não para cercear a independência e a liberdade funcional da instituição e de seus agentes, mas para assegurar que esses prestassem contas ao Poder Legislativo, à imprensa e à coletividade não só sobre o exercício de suas atividades-fim, mas também sobre o exercício de suas atividades-meio. Afinal, a Constituição supõe publicidade e transparência nas atividades dos órgãos públicos, só obstada em casos excepcionais, em que da divulgação da providência possa resultar prejuízo à coletividade [9].

A Reforma do Judiciário (EC n. 45/2004) criou, à semelhança do Conselho Nacional de Justiça, o CNMP (art. 130-A). Sob o ponto de vista acadêmico, parece-nos inadequado que o Poder Constituinte derivado tenha criado essas limitações a um Poder de Estado, o que seria mais próprio para o Poder Constituinte originário [10]; entretanto o Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria, admitiu a constitucionalidade dessa inovação (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367).

Note-se, *prima facie*, a gritante desproporção entre os membros do Ministério Público da União (5), aí incluído o Procurador-Geral da República) e os membros dos Ministérios Públicos dos Estados-membros (3), desfigurando-se, ainda mais, nossa já débil federação.



## CONCLUSÃO


A conquista do poder de investigação pelo Ministério Público trouxe-lhe o dever de observar a obrigatória contrapartida dos poderes implícitos: os deveres implícitos, pois que toda criação ou aumento de poder público implica em controle externo, sob pena de ofensa aos princípios da transparência e da publicidade, além da economicidade e moralidade administrativa. O binômio “direitos x deveres implícitos” constitui os equivalentes implícitos.

PIC e IP são procedimentos administrativos preparatórios da ação penal, com os mesmos fins, visando apurar autoria e materialidade penal para oferecimento da competente ação. Não existe lei especificando qualquer diferença essencial ou funcional entre PIC e IP.

O Ministério Público, ao atuar em investigações criminais e operações de caráter policial, com pessoal, fardamento, viaturas e equipamentos próprios, em todas as áreas da apuração de ilícitos, prescindindo mesmo da força policial em suas investigações, atua em caráter policial amplo e difuso, o que lhe atrai a necessidade imperiosa de controle externo de suas atividades.

Os trechos grifados evidenciam a imperiosa e urgente necessidade de controle externo das atividades de investigação criminal pelo Ministério Público. Os fatos narrados em tais textos, de autoria inclusive de membros aposentados do próprio Ministério Público, mostram que não existe instituição isenta dos caprichos da imperfeição humana.

Mais do que isso, tais trechos mencionados são a prova viva de que um controle externo de uma atividade tão melindrosa quanto a investigação criminal já se fez necessário de forma concreta na atuação cotidiana do *parquet*. O controle externo, antes de significar enfraquecimento, traz em si o fortalecimento do Estado, da democracia, da segurança jurídica. É exteriorizado, dentre outros, em *accountability*.

*Accountability* é um termo muito em moda nos dias de hoje. Seu significado é o de prestação de contas. Esta prestação é devida à sociedade em geral e ao governo que a dirige. É pressuposto mínimo, basilar, de transparência e moralidade administrativa. É regra de relacionamento saudável entre as instituições. É, enfim, a epítome do interesse público. 

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. Recurso Extraordinário 593.727/STF: vitórias do poder de investigação do Ministério Público e das prerrogativas da advocacia. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4398, 17 jul. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/39172>. Acesso em: 8 mar. 2022.
- <https://jus.com.br/artigos/39172/recurso-extraordinario-593-727-stf-vitorias-do-poder-de-investigacao-do-ministerio-publico-e-das-prerrogativas-da-advocacia>
- file:///C:/Users/libero.filho/Documents/535-Texto%20do%20artigo-1183-1-10-20210625.pdf
- [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista78/revista78\\_253.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista78/revista78_253.pdf)

<https://bdtcc.unipe.edu.br/wp-content/uploads/2019/09/TCC-Investiga%C3%A7%C3%A3o-Criminal-a-Atua%C3%A7%C3%A3o-do-MP-a-luz-do-RE-593727-do-STF.pdf>

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Controle externo de atividade policial pelo Ministério Público: fundamentos e áreas de atuação. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Penal. Marco Antonio Marques da Silva (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/438/edicao-1/controle-externo-de-atividade-policial-pelo-ministerio-publico-fundamentos-e-areas-de-atuacao>

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/438/edicao-1/controle-externo-de-atividade-policial-pelo-ministerio-publico-fundamentos-e-areas-de-atuacao>

<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/controle-externo-atividade-policial.htm>

[file:///C:/Users/libero.filho/Documents/Apresentacao\\_bh\\_-\\_controle\\_externo.pdf](file:///C:/Users/libero.filho/Documents/Apresentacao_bh_-_controle_externo.pdf)

<file:///C:/Users/libero.filho/Documents/Fundamentos-do-controle-externo-da-atividade-policial.pdf>

<file:///C:/Users/libero.filho/Documents/5-O-Minist%C3%A9rio-P%C3%BAblico-na-Investiga%C3%A7%C3%A3o-Criminal.pdf>

[file:///C:/Users/libero.filho/Documents/PIC\\_INDICIAMENTO-E-REGISTRO-CRIMINAL.pdf](file:///C:/Users/libero.filho/Documents/PIC_INDICIAMENTO-E-REGISTRO-CRIMINAL.pdf)

<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/inqueritos-policiais-investigacoes-criminais-conduzidas-por.htm>

<https://www.conjur.com.br/2020-dez-09/escritos-mulher-procedimento-investigatorio-criminal-pic>

<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2362/Investigacao-direta-pelo-Ministerio-Publico-nao-consonancia-com-a-sistematica-do-Processo-Penal-Constitucional>

MAZZILLI, Hugo Nigro. O controle externo do Ministério Público. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 910, 30 dez. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7812>. Acesso em: 3 mar. 2022.

<https://jus.com.br/artigos/7812/o-controle-externo-do-ministerio-publico>

<file:///C:/Users/libero.filho/Documents/Doutrina274-a-investigacao-criminal-pelo-ministerio-publico.pdf>


[https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/a\\_investigacao\\_criminal\\_conduzida\\_pelo\\_ministerio\\_publico\\_uma\\_contribuicao\\_no\\_combate\\_ao\\_crime\\_organizado\\_-\\_sheilla\\_neves\\_0.pdf](https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/a_investigacao_criminal_conduzida_pelo_ministerio_publico_uma_contribuicao_no_combate_ao_crime_organizado_-_sheilla_neves_0.pdf)

[https://www.academia.edu/37094299/LEGALIDADE\\_DA\\_ATUA%C3%87%C3%83O\\_DAS\\_POL%C3%8DCIAS\\_JUDICI%C3%81RIAS\\_E\\_CONFLITOS\\_ENTRE\\_OUTRAS\\_INSTITUI%C3%87%C3%95ES?auto=download&email\\_work\\_card=download-paper](https://www.academia.edu/37094299/LEGALIDADE_DA_ATUA%C3%87%C3%83O_DAS_POL%C3%8DCIAS_JUDICI%C3%81RIAS_E_CONFLITOS_ENTRE_OUTRAS_INSTITUI%C3%87%C3%95ES?auto=download&email_work_card=download-paper)

[https://www.academia.edu/11932484/A\\_investiga%C3%A7%C3%A3o\\_criminal\\_pelo\\_Minist%C3%A9rio\\_P%C3%BAblico\\_e\\_pela\\_defesa\\_em\\_face\\_do\\_princ%C3%ADpio\\_da\\_paridade\\_de\\_armas](https://www.academia.edu/11932484/A_investiga%C3%A7%C3%A3o_criminal_pelo_Minist%C3%A9rio_P%C3%BAblico_e_pela_defesa_em_face_do_princ%C3%ADpio_da_paridade_de_armas).

<http://www.mpsp.mp.br> > portal > arts. juridicos





## Crédito com garantia fiduciária de terceiro: sujeição ou não à recuperação judicial do credor respectivo?

■ POR RENATA OLIVEIRA, ANDRÉ ERICSSON DE CARVALHO E ANNA CAROLINA SIMÕES ABRANTES

**“Por se tratar de uma única e recente decisão nessa linha, parece-nos importante acompanhar as futuras decisões do STJ sobre o tema. Novos julgamentos sobre a situação das garantias de terceiro na recuperação judicial e seus efeitos permitirão verificar se, de fato, há um alinhamento do entendimento da corte superior.”**

**A** Lei de Recuperações Judiciais e Extrajudiciais e Falência (Lei 11.101/05), responsável por regular os processos de recuperação judicial, previu, em seu art. 49, § 3º, que o “credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis” não terá seu crédito submetido “aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais”. Desde que tal normativo entrou em vigor, esse dispositivo tem sido objeto de discussões nos tribunais em relação à extensão da proteção concedida pela norma aos credores com garantias fiduciárias.

Um dos pontos de divergência está relacionado à posição ocupada por aquele que tem crédito com garantia fiduciária nos casos de recuperação judicial de devedor/coobrigado que não é o titular do bem dado em garantia fiduciária. Nesse sentido, a grande dúvida é se permanece a não sujeição do crédito (extraconcursalidade) à recuperação judicial ainda que o bem dado em alienação e/ou cessão fiduciária seja de titularidade de terceiro que não consta no pedido de recuperação judicial.

A título de exemplo, se “A” é credor de “X” e “Y”, ambos devedores solidários e “Y” alienou fiduciariamente um imóvel de sua titularidade em garantia à dívida com “A”, há controvérsia, nesse caso, se “A” deverá ser considerado um credor extraconcursal em razão da existência de alienação fiduciária. Ou se, nessa hipótese, seu crédito deverá ser considerado quirografário, já que a garantia fiduciária foi prestada por “Y”, que não é um dos requerentes da recuperação judicial de “X”.

Em meados de 2016, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) tratou dessa questão e deu provimento ao Recurso Especial nº 1.938.706/SP, interposto por credor contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), que havia estabelecido como concursal o crédito garantido por alienação fiduciária cujo fiduciante não constava no polo ativo do pedido de recuperação judicial. O STJ destacou que a Lei nº 11.101/05 teria estabelecido que não apenas os bens alienados fiduciariamente, mas também os próprios contratos com tais garantias não seriam afetados pela recuperação judicial.

Assim, ficou definido que o crédito do credor não estaria sujeito à recuperação judicial do devedor que não prestou a garantia fiduciária. Ou seja, o STJ reconheceu que o privilégio atribuído pela Lei nº 11.101/05 aos créditos dessa natureza decorreria da existência de garantia fiduciária, independentemente da identificação do fiduciante com a recuperanda.

Apesar do entendimento do STJ, o Grupo de Câmaras de Direito Empresarial do TJSP (GCDE) aprovou o Enunciado VI, em 18 de fevereiro de 2019, que estabelece como “Inaplicável o disposto no art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/05, ao crédito com garantia prestada por terceiro, que se submete ao regime recuperacional, sem prejuízo do exercício, pelo credor, de seu direito contra o terceiro garantidor.” Ou seja, na situação hipotética envolvendo a recuperação judicial de “X”, o GCDE entende que o crédito de “A” deveria ser listado como sujeito à recuperação judicial, o que não prejudicaria o exercício dos seus direitos contra “Y”, devedor fiduciante. Em caso de satisfação da totalidade ou parte da dívida com a excussão da garantia, as consequências se refletem no crédito sujeito à recuperação judicial.

A justificativa divulgada para a aprovação do enunciado aponta que não seria admitida a classificação como extraconcursal do crédito contra o devedor em recuperação judicial “em razão da inexistência de vinculação de bem específico de titularidade da recuperanda à satisfação da obrigação”, o que implicaria na submissão do crédito à recuperação judicial. Situação diversa seria se houvesse “garantia prestada pela própria recuperanda, [em que] haverá especial comprometimento de seu patrimônio, de modo a justificar a extraconcursalidade”, aponta o GCDE.

Devido a alterações na reforma da Lei nº 11.101/05 promovida pela Lei nº 14.112/20, o GCDE do TJSP se reuniu em 27 de abril de 2021 para revisar diversos dos seus enunciados. Especificamente quanto ao Enunciado VI, deliberou-se pela sua manutenção em sua redação original, sob a justificativa de que a questão ainda seria controversa, pois ainda precisaria “sofrer uma melhor definição pelo STJ”.

Em setembro de 2021, a Terceira Turma do STJ proferiu uma nova decisão sobre a matéria em questão, muito em linha com o seu entendimento anterior.

Diante dessa nova decisão, a 2ª Câmara de Direito Empresarial do TJSP, que integra o GCDE, chegou a afastar o entendimento contido no Enunciado VI para adotar a posição do STJ no agravo de instrumento de nº 2031156-40.2021.8.26.0000.


No entanto, em uma das últimas sessões de julgamento do ano passado, a Terceira Turma do STJ julgou o Recurso Especial nº 1.953.180/SP, de relatoria do ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, o qual pode indicar o início de uma virada na posição sobre o tratamento da garantia de terceiro na recuperação judicial.

No caso, discutia-se a possibilidade de prosseguimento da execução com expropriação de bens de empresas em recuperação judicial que figuram como avalistas de dívida também garantida por alienação fiduciária de bem pertencente ao devedor principal. Com base nos entendimentos anteriores do STJ, o credor defendeu a possibilidade de penhora de bens das avalistas, visto que a extraconcursalidade não se limitaria aos bens alienados fiduciariamente.

Na oportunidade, a Terceira Turma negou provimento ao recurso especial do credor e estabeleceu que “é o objeto da garantia que traça os limites da extraconcursalidade do crédito” e “o crédito será concursal ou extraconcursal a depender da situação em que estiver sendo exigido”. O voto concluiu, ainda, que os bens das avalistas-recuperandas não poderiam ser utilizados para satisfação da execução proposta pelo credor, pois elas não seriam as proprietárias do bem dado em alienação fiduciária, e o patrimônio de ambas estaria destinado ao pagamento dos credores sujeitos à recuperação judicial.

Diante de tais conclusões, nos parece que o STJ deu uma guinada no seu entendimento a partir do julgamento do Recurso Especial 1.953.180/SP, aproximando-se do estabelecido no Enunciado VI do GCDE do TJSP.

Essa afirmação se sustenta nos seguintes pontos: (i) a sujeição ou não do crédito à recuperação judicial dependeria da situação em que o crédito for exigido. Essa premissa também se verifica no Enunciado VI, que reconhece que a não sujeição do crédito dependeria da identidade entre a recuperanda e o fiduciante; e (ii) o devedor/coobrigado em recuperação judicial que não prestou a garantia fiduciária não poderia ter seus bens atingidos em execução movida pelo credor fiduciário. Esse ponto também estaria em linha com o entendimento do GCDE, visto que ele tampouco admite o prosseguimento de execução individual contra a recuperanda que não prestou garantia fiduciária, por entender que essa situação envolveria uma dívida concursal.

Por se tratar de uma única e recente decisão nessa linha, parece-nos importante acompanhar as futuras decisões do STJ sobre o tema. Novos julgamentos sobre a situação das garantias de terceiro na recuperação judicial e seus efeitos permitirão verificar se, de fato, há um alinhamento do entendimento da corte superior ao disposto no Enunciado VI do GCDE ou se a decisão proferida no Recurso Especial 1.953.180/SP pode ser considerada um precedente isolado sobre a controvérsia. 



**RENATA OLIVEIRA** é Advogada.



**ANDRÉ ERICSSON DE CARVALHO** é Advogado.



**ANNA CAROLINA SIMÕES ABRANTES** é Advogada.





## Cristofobia, racismo e ultraje a culto

■ POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE

**“Com a repetição das imprecizações já ocorridas em outras manifestações políticas, conforme demonstrado neste texto, rotulando os cristãos e mais especificamente os católicos como “fascistas” e “racistas”, considerando as consequências desse tipo de rotulação discriminatória, não resta dúvida de que praticaram e incitaram a discriminação ou preconceito de religião.”**

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

É extremamente nítido que a motivação do ato criminoso perpetrado pelo Vereador e seus sequazes nada tem realmente a ver com um protesto contra eventual racismo ligado ao lamentável episódio utilizado como suposto argumento. Primeiro porque segundo consta a violência contra a vítima ocorreu devido a desentendimentos acerca de dívida trabalhista, bem como agressores e agredido eram negros. Usar o coringa erístico do chamado “racismo estrutural” é não somente desonestidade intelectual, como também banalização do real problema do racismo. Segundo porque os fatos se deram no Rio de Janeiro e não têm a menor ligação com catolicismo, missa ou a cidade de Curitiba. Aliás, se algum protesto ligado a racismo devesse ser realizado, a Igreja



Nossa Senhora do Rosário deveria ser o último local a ser escolhido, pois que se trata historicamente de um templo construído pelos escravos negros para os escravos negros, inaugurado em 1737. Ao reverso de ligar-se a qualquer espécie de discriminação ou preconceito, o local é um símbolo concreto de inclusão religiosa, pois que erigida em oposição à alegação absurda de que os negros não teriam alma e seriam como os animais.<sup>3</sup> Aliás, essa oposição à reificação de qualquer povo sempre foi a tradicional posição da Igreja Católica, conforme documentos oficiais dos quais é exemplo evidente a Bula “Sublimis Deus”, datada de 02.06.1537, da lavra do Papa Paulo III, cujo teor se transcreve:

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

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

Nós, portanto, que exercemos na terra as vezes de Nosso Senhor, embora sejamos indignos, e que procuramos com todo o empenho as ovelhas do seu rebanho a nós confiadas e que estão fora do seu redil, para as trazer para este redil, atendendo a que os referidos Índios, como verdadeiros homens, não só são capazes da Fé Cristã, mas também, como nos foi referido, acorrem muito prontamente à fé, e querendo nós ainda tomar providências a respeito disto com remédios convenientes, com a autoridade apostólica, pela presente Carta decretamos e declaramos que os mencionados Índios e todos os outros povos que no futuro chegaram ao conhecimento dos Cristãos, embora estejam fora da Fé de Cristo, não estão privados da sua liberdade e da posse das suas coisas, nem disso devem ser privados; pelo contrário, livre e licitamente podem usar,

usufruir e gozar dessa mesma liberdade e posse, e não devem ser reduzidos à escravidão. E tudo o que se fizer ao contrário disto, seja nulo e sem efeito, sem qualquer valor ou autoridade. Decretamos e declaramos ainda que os referidos Índios e outros povos devem ser chamados à Fé de Cristo pela pregação da palavra de Deus e pelo exemplo de uma boa vida.<sup>4</sup>

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

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

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

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

“Ao homem foi dada a palavra para esconder seu pensamento”.<sup>7</sup>

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

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

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

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

Parece que os discípulos aprenderam parcialmente as lições do mestre. Só não são perfeitos porque aqui e ali deixam escapar uma indiscrição que revela seus reais desígnios. Neste caso, por exemplo, uma passeata do PT, antecedente ao fato, gravada em vídeo e áudio e veiculada nas redes sociais (datada

de 20.03.2021), demonstra qual a real finalidade dos atos criminosos praticados com a invasão da Igreja. O grito de guerra não poderia ser mais claro e eloquente:

“Igreja fascista tu tá na nossa lista” (sic).<sup>10</sup>

Portanto, os atos criminosos foram tão somente a concretização de uma ameaça e de um objetivo político – ideológico que já havia sido exposto a quem quisesse ver e ouvir. A finalidade de toda a balbúrdia não era protestar contra o racismo, não era lamentar a morte de um homem a pancadas, mas apenas e tão somente atacar o cristianismo e mais especificamente, neste caso, a Igreja Católica e seus fiéis. A Igreja, o cristianismo imotivadamente rotulado de “fascista” *estão na lista* desses criminosos. Aliás, esse uso de rótulos pejorativos indefinidos e injustificados também faz parte da ocultação de desígnios, visando à desmoralização e desumanização de seus alvos, sem a necessidade de maiores fundamentos, com sustento tão somente em gritos de guerra e expressões dotadas de carga emocional, capazes de despertar os mais obscuros sentimentos humanos e “justificar” os atos mais absurdos. Como nos revela Benson, em seu romance distópico praticamente profético, esses recursos subterrâneos que manipulam a racionalidade e a emoção humanas, são capazes de obnubilar a “consciência do indivíduo” sobrepondo a “massa coletiva” à “personalidade” como fato e como direito.<sup>11</sup> É dessa matéria que se compõem o ódio, a discriminação e a perseguição a bodes expiatórios, cuja inocência não tem mais qualquer relevância, já que sua execução sumária nada mais é do que a catarse insana de uma massa ignara. Resta claro, retomando as percucientes observações de Fiuza, que a autodesignada “resistência democrática” somente “estava pronta para lutar, com todas as suas forças, pela ditadura”.<sup>12</sup>

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

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

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

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

*La imaginación delirante de Turcanu se desataba especialmente cuando había de vérselas con estudiantes que creían en Dios y se obstinaban en no renegar. A algunos los ‘bautizaban’ todas las mañanas metiéndoles la cabeza en el cubo lleno de orina y excrementos mientras los otros entonaban a su alrededor la fórmula del bautismo. Eso duraba hasta que el agua había burbujas. Cuando el preso recalitrante estaba a punto de ahogarse, lo sacaban, le daban un breve respiro y luego volvían a sumergirle la cabeza. Uno de esos ‘bautizados’ a los que se les aplicó sistemáticamente la tortura llegó a un automatismo que le duró dos meses: todas las mañanas, para regocijo de los reeducadores, iba a meter él solo la cabeza en el cubo.*<sup>19</sup>

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

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

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

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

O primeiro e mais evidente crime configurado é aquele previsto no art. 208, CP, cujo “nomen juris” é “Ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo”, tratando-se claramente de um “Crime contra o sentimento religioso”. Invadindo a Igreja mediante uso de força e intimidação por ameaças, além de ofensas verbais diretas, não resta dúvida de que escarneceram publicamente dos fiéis e do sacerdote que ali exercia suas funções. A doutrina chama a atenção para a exigência de “uma finalidade especial” do agente, qual seja, o dolo específico voltado para o menoscabo da “crença ou função religiosa da vítima”, o que certamente está presente no caso concreto,<sup>21</sup> até pela escolha do local para a prática da simulação de protesto racial. Impediram o seguimento da cerimônia religiosa (missa) que ali se realizava. E não importa se a missa estava em seu início, no seu final ou mesmo se não era realizada missa. Se havia (e havia) fiéis em culto, oração, contemplação, estes foram impedidos e tolhidos covardemente de sua liberdade religiosa e de culto. Ensina Greco que a palavra “cerimônia” contida no tipo penal, se refere a um ato revestido de “solenidade”. Já a expressão “culto religioso”, igualmente prevista, serve para identificar “o regular ato de adoração, sem a presença de solenidades, exigidas para determinadas ocasiões especiais”.<sup>22</sup> A colagem de cartazes pela Igreja toda sem autorização de quem de direito vilipendia publicamente ato e objetos de culto religioso. Isso porque o verbo “vilipendiar” deve ser interpretado “no sentido de menoscabar, desprezar, enfim, tratar como vil, publicamente, ato ou objeto de culto religioso”.<sup>23</sup> Frise-se que o emprego de força para a entrada no local deve ser devidamente apurado porque causa de aumento de pena de um terço, além da responsabilização penal pela violência à pessoa ou a coisas (eventuais lesões corporais – art. 129, CP ou danos – art. 163, CP) em sistema de cúmulo material.<sup>24</sup> Em não havendo lesões corporais ou danos (crimes), mas apenas vias de fato (contravenção penal do art. 21, LCP), serão estas últimas

absorvidas como infração penal – meio para a prática do crime previsto no art. 208, CP, embora sejam suficientes para configurar a exasperação penal pelo emprego de “violência”. Essa é a lição, por exemplo, de Magalhães Noronha, ao afirmar que o cúmulo material somente se configura “se a violência constitui *crime* (lesão corporal, dano etc.)” (grifo no original).<sup>25</sup> No mesmo diapasão se manifesta Bitencourt, para quem a violência real majora a pena em um terço, mas se a violência “constituir crime em si mesma, haverá soma de penas”.<sup>26</sup>

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

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

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

Com a repetição das imprecações já ocorridas em outras manifestações políticas, conforme demonstrado neste texto, rotulando os cristãos e mais especificamente os católicos como “fascistas” e “racistas”, considerando as consequências desse tipo de rotulação discriminatória, não resta dúvida de que praticaram e incitaram a discriminação ou preconceito de religião, exatamente nos termos do previsto no art. 20 da Lei de Racismo (Lei nº 7.716/89), violando ainda preceito constitucional garantista insculpido no art. 5º, XLII, CF, razão pela qual a pena aplicável ao caso é imprescritível e o delito é inafiançável.

Poderia ser cogitada infração ao art. 140, § 3º, CP (Injúria – Preconceito), pois ali também a lei se refere a ofensas que envolvam elementos referentes



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

Estefam chama a atenção para a distinção entre a Injúria Racial e o crime de racismo. O autor ensina que na injúria há o “assaque de expressões ofensivas” que atingem a autoestima subjetiva da vítima. Já no racismo se nega o exercício de algum direito da vítima ou se incita o preconceito por motivo de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional (grifo nosso).<sup>31</sup>

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

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

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

haver condutas de evidente discriminação religiosa generalizada, as quais não são meio necessário para tal prática criminosas.


De acordo com o exposto, portanto, os invasores da Igreja Nossa Senhora do Rosário em Curitiba podem ser responsabilizados, procedida a devida apuração e processo legal, por crimes de Ultraje a Culto (art. 208, CP), em cúmulo material (inteligência do art. 208, Parágrafo Único, CP) com eventuais lesões corporais (art. 129, CP) e/ou crime de dano (art. 163, CP), tudo isso em concurso formal impróprio por diversidade de desígnios (art. 70, “in fine”, CP), com consequente cúmulo material de penas, com o crime de racismo previsto no art. 20 da Lei nº 7.716/89.

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

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

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

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

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

## NOTAS

- 1 ASSASSINATO de Möise Kabagambe. Disponível em [https://pt.wikipedia.org/wiki/Assassinato\\_de\\_Mo%C3%AFse\\_Kabagambe](https://pt.wikipedia.org/wiki/Assassinato_de_Mo%C3%AFse_Kabagambe), acesso em 27.02.2022.
- 2 VEREADOR do PT lidera invasão de Igreja Católica durante missa. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/vereador-do-pt-lidera-invasao-de-igreja-catolica-durante-missa/>, acesso em 27.02.2022.
- 3 IGREJA do Rosário (Curitiba). Disponível em [https://pt.wikipedia.org/wiki/Igreja\\_do\\_Ros%C3%A1rio\\_\(Curitiba\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Igreja_do_Ros%C3%A1rio_(Curitiba)), acesso em 27.02.2022.
- 4 PAULO III, Papa. “*Sublimis Deus*”. Trad. Padre Zé. Disponível em <https://www.veritatis.com.br/sublimis-deus-paulo-iii-02-06-1537/>, acesso em 27.02.2022.
- 5 WOODS JR., Thomas E. *O que a civilização ocidental deve à Igreja Católica*. Trad. Maria José Figueiredo. 2. ed. Lisboa: Aletheia, 2010, p. 158-162.
- 6 Cf. HANKE, Lewis H. *Bartolomé de Las Casas: An Interpretation of His Life and Writings*. La Hague: Martinus Nijhoff, 1951, p. 87.
- 7 STENDHAL [Henry Beyle]. *O Vermelho e o Negro*. Trad. Maria Cristina F. da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1995, p. 147.
- 8 Apud, SUVOROV, Viktor. *O Grande Culpado – O Plano de Stálin para iniciar a Segunda Guerra Mundial*. Trad. Flora Salles. Barueri: Amarily, 2010, p. 255.
- 9 FIUZA, Guilherme. *Fake Brazil – A epidemia de falsas verdades*. São Paulo: Faro Editorial, 2020, p.142.
- 10 PASSEATA do PT ameaça Igrejas. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=KUh6v-g6uUU>, acesso em 27.02.2022.
- 11 BENSON, Robert Hugh. *O Senhor do Mundo*. Trad. Ronald Robson. Campinas: Sétimo Selo, 2021, p. 231.
- 12 FIUZA, Guilherme. Op. cit., p. 115.
- 13 Op. cit, p. 116.
- 14 TOSTES, Angélica, CORAZZA, Delana. Cristofobia, projeto de poder e as resistências da luta cristã. Disponível em <https://www.brasilefato.com.br/2020/11/13/cristofobia-projeto-de-poder-e-as-resistencias-da-luta-crista>, acesso em 28.02.2022.
- 15 Para melhor compreensão desse fenômeno da “espiral do silêncio” Cf. NOELLE – NEUMANN, Elisabeth. *A Espiral do Silêncio*. Trad. Cristian Derosa. Florianópolis: Estudos Nacionais, 2017, “passim”.
- 16 Para melhor compreensão vide: ANTEQUERA, Luis. *Cristofobia: A perseguição aos cristãos no século XXI*. Florianópolis: ID, 2020, p. 19-26.
- 17 CAMUS, Albert. *O Homem Revoltado*. Trad. Valerie Rumjanek. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 131.
- 18 ANTEQUERA, Luis. Op. cit., p. 33. Para conhecer ainda mais profundamente a perseguição que chega ao genocídio de cristãos ao redor do mundo na atualidade: MARSHALL, Paul, GILBERT, Lela, SHEA, Nina. *Perseguidos – O ataque global aos cristãos*. Trad. Emerson Justino. São Paulo: Mundo Cristão, 2014, “passim”.
- 19 IERUNCA, Virgil. *El Experimento Pitesti – o sobre el poder omnimodo*. Trad. Joaquín Garrigós. Madrid: Humanitas, 2019, p. 36.
- 20 ROCCELLA, Eugenia, SCARAFFIA, Lucetta. *Contra o Cristianismo: A ONU e a União Europeia como nova ideologia*. Trad. Ruy Albino de Assunção. Campinas: Ecclesiae, 2014, p. 9.
- 21 GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 12. ed. Niterói: Impetus, 2018, p. 771.
- 22 Op. cit., p. 771.
- 23 Op. cit., p. 771.
- 24 JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. Volume 3. 23ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 103. Há autores que discutem a questão terminológica, prevalecendo que o uso da ex-

- pressão “cúmulo material de penas” deve ser preferido à alegação de que ocorre “concurso material de crimes” no que diz respeito ao disposto no Parágrafo Único do art. 208, CP. Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 3. 12ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 463-464.
- 25 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. Volume 3. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 81. No mesmo sentido: JESUS, Damásio. Op. Cit., p. 103.
- 26 BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit., p. 467.
- 27 DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto, DELMANTO JÚNIOR, Roberto, DELMANTO, Fabio de Almeida. *Código Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 684. Para acesso ao original citado por Feliciani e pelos autores em destaque: PAOLO II, Giovanni. *Le Vie dela Giustizia*. Roma: Bardi Editore e Libreria Editrice Vaticana, 2004, p. 494.
- 28 RODAS, Sérgio. STF equipara Injúria Racial a Crime de Racismo, considerando-a imprescritível. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-out-28/stf-equipara-injuria-racial-racismo-considerando-imprescritivel>, acesso em 28.02.2022. FONTENELE, Vivian. Injúria Racial e sua imprescritibilidade: posicionamento recente do STF e do STJ. Disponível em <https://masterjuris.com.br/injuria-racial-e-sua-imprescritibilidade-posicionamento-recente-do-stf-e-do-stj/>, acesso em 28.02.2022. Embora discordando pessoalmente dessas decisões do STJ e do STF, devido a uma escancarada violação do devido processo legislativo e à criação jurisprudencial de crimes em frontal aviltamento do Princípio da Legalidade, este é o quadro atual a respeito do tema, considerando que as decisões dos tribunais máximos brasileiros não são passíveis de revisão na prática, especialmente do STF. Nossos fundamentos contrários ao “status quo” do tema podem ser vistos na seguinte publicação: CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Para o STJ Injúria é Crime de Racismo. Será? Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/383442042/para-o-stj-injuria-e-crime-de-racismo-sera>, acesso em 28.02.2022.
- 29 SILVA, Amaury, SILVA, Artur Carlos. *Crimes de Racismo*. Leme: Mizuno, 2012, p. 95.
- 30 Op. cit., p. 96.
- 31 ESTEFAM, André. *Direito Penal*. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 262.
- 32 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. São Paulo: RT, 2006, p. 240 – 241.
- 33 SILVA, Amaury, SILVA, Artur Carlos. Op. Cit., p. 39 – 41.

## REFERÊNCIAS

- ANTEQUERA, Luis. *Cristofobia: A perseguição aos cristãos no século XXI*. Florianópolis: ID, 2020.
- ASSASSINATO de Möise Kabagambe. Disponível em [https://pt.wikipedia.org/wiki/Assassinato\\_de\\_Moise\\_Kabagambe](https://pt.wikipedia.org/wiki/Assassinato_de_Moise_Kabagambe), acesso em 27.02.2022.
- BENSON, Robert Hugh. *O Senhor do Mundo*. Trad. Ronald Robson. Campinas: Sétimo Selo, 2021.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 3. 12ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CAMUS, Albert. *O Homem Revoltado*. Trad. Valerie Rumjanek. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.
- DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto, DELMANTO JÚNIOR, Roberto, DELMANTO, Fabio de Almeida. *Código Penal Comentado*. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ESTEFAM, André. *Direito Penal*. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FIUZA, Guilherme. *Fake Brazil – A epidemia de falsas verdades*. São Paulo: Faro Editorial, 2020.

- GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 12ª. ed. Niterói: Impetus, 2018.
- HANKE, Lewis H. *Bartolomé de Las Casas: An Interpretation of His Life and Writings*. La Hague: Martinus Nijhoff, 1951.
- IERUNCA, Virgil. *El Experimento Pitesti – o sobre el poder omnimodo*. Trad. Joaquín Garrigós. Madrid: Humanitas, 2019.
- IGREJA do Rosário (Curitiba). Disponível em [https://pt.wikipedia.org/wiki/Igreja\\_do\\_Ros%C3%A1rio\\_\(Curitiba\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Igreja_do_Ros%C3%A1rio_(Curitiba)), acesso em 27.02.2022.
- JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. Volume 3. 23ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MARSHALL, Paul, GILBERT, Lela, SHEA, Nina. *Perseguidos – O ataque global aos cristãos*. Trad. Emerson Justino. São Paulo: Mundo Cristão, 2014.
- NOELLE – NEUMANN, Elisabeth. *A Espiral do Silêncio*. Trad. Cristian Derosa. Florianópolis: Estudos Nacionais, 2017.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. Volume 3. 19ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. São Paulo: RT, 2006.
- PAOLO II, Giovanni. *Le Vie dela Giustizia*. Roma: Bardi Editore e Libreria Editrice Vaticana, 2004.
- PASSEATA do PT ameaça Igrejas. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=KUH6v-g6uUU>, acesso em 27.02.2022.
- PAULO III, Papa. “*Sublimis Deus*”. Trad. Padre Zé. Disponível em <https://www.veritatis.com.br/sublimis-deus-paulo-iii-02-06-1537/>, acesso em 27.02.2022.
- ROCCELLA, Eugenia, SCARAFFIA, Lucetta. *Contra o Cristianismo: A ONU e a União Europeia como nova ideologia*. Trad. Ruy Albino de Assunção. Campinas: Ecclesiae, 2014.
- RODAS, Sérgio. STF equipara Injúria Racial a Crime de Racismo, considerando-a imprescritível. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-out-28/stf-equipara-injuria-racial-racismo-considerando-imprescritivel>, acesso em 28.02.2022.
- FONTENELE, Vivian. Injúria Racial e sua imprescritibilidade: posicionamento recente do STF e do STJ. Disponível em <https://masterjuris.com.br/injuria-racial-e-sua-imprescritibilidade-posicionamento-recente-do-stf-e-do-stj/>, acesso em 28.02.2022.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Para o STJ Injúria é Crime de Racismo. Será? Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/383442042/para-o-stj-injuria-e-crime-de-racismo-sera>, acesso em 28.02.2022.
- SILVA, Amaury, SILVA, Artur Carlos. *Crimes de Racismo*. Leme: Mizuno, 2012.
- STENDHAL [Henry Beyle]. *O Vermelho e o Negro*. Trad. Maria Cristina F. da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1995.
- SUVOROV, Viktor. *O Grande Culpado – O Plano de Stálin para iniciar a Segunda Guerra Mundial*. Trad. Flora Salles. Barueri: Amarilys, 2010.
- TOSTES, Angélica, CORAZZA, Delana. Cristofobia, projeto de poder e as resistências da luta cristã. Disponível em <https://www.brasildefato.com.br/2020/11/13/cristofobia-projeto-de-poder-e-as-resistencias-da-luta-crista>, acesso em 28.02.2022.
- VEREADOR do PT lidera invasão de Igreja Católica durante missa. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/vereador-do-pt-lidera-invasao-de-igreja-catolica-durante-missa/>, acesso em 27.02.2022.
- WOODS JR., Thomas E. *O que a civilização ocidental deve à Igreja Católica*. Trad. Maria José Figueiredo. 2. ed. Lisboa: Aletheia, 2010.



**EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE** é Delegado de Polícia aposentado, Mestre em Direito Social, Pós-Graduado em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós-graduação do Unisal.





# Novas regras para investimentos das empresas estatais brasileiras

■ POR WALTER STUBER

**“Além de dar maior transparência à forma como a Petrobras vinha aplicando seus recursos, dá-se à norma horizontalidade de tratamento, uma vez que as empresas incluídas nesse rol também possuem maturidade suficiente para escolherem a forma de aplicação de suas disponibilidades.”**

**O** art. 3º do Decreto-Lei nº 1.290, de 03 de dezembro de 1973 (DL 1.290/1973), que dispõe sobre a aplicação financeira de disponibilidades pelas entidades da Administração Federal Indireta, bem como pelas fundações supervisionadas pela União e dá outras providências, veda às autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, integrantes da Administração Federal Indireta, bem como as referidas fundações a aplicação de disponibilidades financeiras em títulos de renda fixa, outros que não títulos do Tesouro Nacional, ou em depósitos bancários a prazo.

A Medida Provisória nº 2.170-36, de 23 de agosto de 2001, redirecionou todos os recursos financeiros das autarquias e fundações públicas federais para a conta única do Tesouro Nacional, de sorte que o âmbito de incidência daquela regra legal circunscreve-se às empresas públicas e sociedades de economia mista, além de outras empresas que estiverem sob seu controle acionário.



O art. 4º, alínea “c” do DL 1.290/1973, por sua vez, estabelece que o Conselho Monetário Nacional (CMN) poderá autorizar o levantamento dessa proibição.

Tendo em vista o disposto nos dispositivos legais do DL 1.290/1973 acima citados, na sessão realizada no dia 17 de fevereiro de 2022, o CMN decidiu emitir a Resolução CMN nº 4.986, datada da mesma data (Res. CMN 4.986/2022), que altera e consolida as normas que dispõem sobre a forma de aplicação das disponibilidades oriundas de receitas próprias das empresas públicas e das sociedades de economia mista integrantes da Administração Federal Indireta. Essa Resolução entrou em vigor a partir de 1º de março de 2022.

Como de praxe, coube ao Banco Central do Brasil (Bacen) divulgar essa medida, tornando-a de conhecimento público. Na forma do art. 9º da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964 (Lei nº 4.595/1964, que dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, cria o CMN e dá outras providências, compete ao Bacen cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo CMN<sup>1</sup>.

## **DEFINIÇÕES RELEVANTES**

Para melhor entender o escopo da Res. CMN 4.986/2022, primeiro precisamos definir o significado da expressão “disponibilidades” nesse contexto.

Para a contabilidade, as disponibilidades são representadas no grupo de Ativo Circulante, o que representa bens e direitos de curto prazo (aplicação válida dentro do período vigente do Balanço Patrimonial, com período máximo de um ano) de uma empresa, e são nomeadas como “equivalentes de caixa”, englobando qualquer quantia que possa ser convertida facilmente em dinheiro, inclusive sem riscos. Consideram-se disponibilidades desta conta as transferências e cheques que entrarão nela a curto prazo (até 12 meses). Tais contas são livres para movimentações, sendo comumente mantidas em bancos e nas seguintes categorias: (i) contas especiais para pagamentos específicos; (ii) contas especiais de cobrança; (iii) conta movimento; e (iv) conta corrente.

As empresas públicas e as sociedades de economia mista fazem parte da Administração Pública Indireta, ou seja, são empresas nas quais a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal possuem controle acionário.

Possuir o controle acionário consiste em deter a maior parcela das ações com direito a voto e o poder de decisão, podendo comandar a sociedade, com a possibilidade de nomear a maioria de seus administradores, orientar o funcionamento de seus órgãos e dirigir suas atividades.

## **A CRIAÇÃO DE EMPRESA PÚBLICA E DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA EXIGE LEI ESPECÍFICA**

A Constituição Federal (CF) da República Federativa do Brasil, de 1988, determina que somente por lei específica poderá ser autorizada a instituição de empresa pública e de sociedade de economia mista<sup>2</sup>.

A matéria é regida pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016 (Lei nº 13.303/2016), que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da

sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Nos termos do *caput* do art. 3º da Lei nº 13.303/2016, empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios. E o Parágrafo Único desse mesmo artigo esclarece que, desde que a maioria do capital votante permaneça em propriedade da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, será admitida, no capital da empresa pública, a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de entidades da administração indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

As empresas públicas são pessoas jurídicas de direito privado, constituídas com 100% do capital exclusivamente público, por qualquer modalidade empresarial. Como exemplos, podemos mencionar: (a) a Caixa Econômica Federal (CEF)<sup>3</sup>; (b) a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT)<sup>4</sup>; e (c) o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES)<sup>5</sup>.

A definição de sociedade de economia mista, por sua vez, consta do art. 4º da Lei nº 13.303/2016. Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta. A pessoa jurídica que controla a sociedade de economia mista tem os deveres e as responsabilidades do acionista controlador, estabelecidos na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades por Ações), e deverá exercer o poder de controle no interesse da companhia, respeitado o interesse público que justificou sua criação. Além das normas previstas na Lei nº 13.303/2016, a sociedade de economia mista com registro na Comissão de Valores Mobiliários (CVM) sujeita-se às disposições da Lei nº 6.385, de 07 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a CVM.

As sociedades de economia mista também são pessoas jurídicas de direito privado, mas o seu capital é tanto público quanto privado, sendo que a parte do capital referente às ações com direito a voto deve pertencer ao ente público, e somente podem ser constituídas sob a forma de sociedade anônima. Como exemplos podemos citar: (a) o Banco do Brasil S.A. (BB)<sup>6</sup>; e (b) a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras)<sup>7</sup>.

### OPERAÇÕES PERMITIDAS

A Res. CMN 4.986/2022 reconhece a situação de que trata o art. 4º, *caput* e alínea “c” do DL 1.290/1973, para efeito de aplicação, na forma estabelecida na Res. CMN 4.986/2022, das disponibilidades oriundas de receitas próprias das empresas públicas e das sociedades de economia mista integrantes da Administração Federal Indireta e das pessoas jurídicas sob o controle acionário de qualquer delas. A aplicação das referidas disponibilidades no País somente

pode ser efetuada em fundos de investimento extramercado administrados pela CEF, pelo BB ou por instituição integrante do conglomerado financeiro por eles liderados, constituídos com observância do disposto na Res. CMN 4.986/2022.

Com a finalidade específica de acolher a aplicação dessas disponibilidades fica autorizada a constituição de: (i) fundos de investimento extramercado comuns; e (ii) fundos de investimento extramercado exclusivos. Esses fundos serão regidos, no que couber, pela regulamentação baixada pela CVM aplicável aos fundos de investimento, devendo constar de sua denominação a expressão “extramercado”.

A carteira dos fundos de investimento extramercado, comuns ou exclusivos, será constituída por: (i) títulos de emissão do Tesouro Nacional, em percentual não inferior a 75%, adquiridos em compras sem compromisso de revenda; e (ii) certificados ou recibos de depósito bancário de emissão de instituição integrante do conglomerado financeiro liderado pela CEF ou pelo BB, em percentual não superior a 25%. Podem ser destinados a operações compromissadas com títulos de emissão do Tesouro Nacional, mantidos em contas de depósitos à vista ou, direcionados à realização de operações em mercados de derivativos, os recursos remanescentes dos fundos de investimento extramercado.

As operações em mercados de derivativos estão sujeitas às seguintes regras: (i) são facultadas apenas a fundo de investimento extramercado exclusivo; (ii) devem ser realizadas com o objetivo precípuo de minimizar os riscos associados a descasamento de prazos e de indexadores entre os ativos do fundo e os passivos do condômino; e (iii) não podem ter valor nocional<sup>8</sup> superior ao valor dos títulos de emissão do Tesouro Nacional integrantes da carteira do fundo.

Dos recursos provenientes da colocação de certificados ou recibos de depósito bancário nas carteiras dos fundos de investimento extramercado, 70%, no mínimo, devem ser aplicados em operações de crédito rural. Crédito rural define-se como os recursos financeiros destinados ao financiamento de despesas normais dos ciclos produtivos da agropecuária, investimento em bens e serviços, além de despesas nas atividades de comercialização e industrialização da produção.

A política de investimento dos fundos extramercado deverá, nas aplicações previstas na aquisição de títulos de emissão do Tesouro Nacional, em compras sem compromisso de revenda, ser referenciada a um dos subíndices do Índice de Mercado Anbima (IMA)<sup>9</sup> ou do Índice de Duração Constante Anbima (IDkA)<sup>10</sup>, com exceção de qualquer subíndice que tenha em sua composição títulos atrelados à taxa de juros de um dia.

O fundo de investimento extramercado comum está sujeito às seguintes regras: (i) o resgate de quotas deve ser efetivado com base no valor da quota resultante da divisão do valor do patrimônio líquido pelo número de quotas do fundo, apurados, ambos, no encerramento do dia; e (ii) a remuneração da instituição administradora pela prestação dos serviços de gestão e de administração do fundo não pode ser superior ao equivalente a 0,5% ao ano, calculados *pro rata die* sobre o valor do patrimônio líquido deste.

A constituição de fundo de investimento exclusivo depende de iniciativa de uma das empresas públicas e das sociedades de economia mista integrantes

da Administração Federal Indireta e das pessoas jurídicas sob o controle acionário de qualquer delas. observado que as taxas de administração e de desempenho, respeitado o limite de remuneração previsto no item (ii) do parágrafo anterior, devem ser estabelecidas de comum acordo entre a instituição administradora e o condômino.

Com exceção da regra geral sobre aplicação das disponibilidades oriundas de receitas próprias das empresas públicas e das sociedades de economia mista integrantes da Administração Federal Indireta e das pessoas jurídicas sob o controle acionário de qualquer delas, as demais disposições da Res. CMN 4.986/2022 não se aplicam: (i) às pessoas jurídicas nele referidas que exerçam atividades sujeitas à supervisão do Bacen, nem às subsidiárias integrais do BNDES; e (ii) às sociedades de economia mista de capital aberto controladas diretamente pela União que não se enquadrem no conceito de empresa estatal dependente, a que se refere o inciso III do art. 2º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (LC 101/2000), a as pessoas jurídicas sob seu controle acionário.

Consoante as disposições do inciso III do art. 2º da LC 101/2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, empresa estatal dependente é a empresa controlada que receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária. São consideradas empresas estatais federais dependentes as empresas públicas e as sociedades de economia mista que tenham recebido do seu controlador recursos financeiros para pagamento de despesas: (i) com pessoal; (ii) de custeio em geral; ou (iii) de capital, excluídos aqueles provenientes de aumento de participação acionária<sup>11</sup>. Considera-se aumento de participação acionária: (a) o aumento do número de quotas ou ações detidas pela União, ainda que não ocorra elevação na sua participação percentual no capital social; ou (b) o aumento do capital social, quando a totalidade das ações ou quotas pertencer à União.

Ficam o Bacen e a CVM, nas suas respectivas áreas de competência, autorizados a adotar as medidas e a baixar as normas complementares que se fizerem necessárias à execução do disposto na Res. CMN 4.986/2022.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme a Exposição de Motivos, que consta do Voto 29/2022-BCB, de 09 de fevereiro de 2022, que justificou à proposta da Res. CMN 4.986/2022, a Resolução nº 4.540, de 24 de novembro de 2016 (Res. 4.540/20160, incluiu nas regras dispostas da Resolução nº 3.284, de 25 de maio de 2005 (Res. 3.284/2005), as pessoas jurídicas sob controle acionário das empresas públicas e sociedades de economia mista. A inclusão dessas empresas foi motivada pelo fato de que elas, tanto quanto suas controladoras, também exploravam, na maioria dos casos, atividades econômicas em concorrência com o mercado privado e, assim, seria pertinente a flexibilização que os fundos de investimento extramercado

proporcionavam. A seguir, elencamos as justificativas que constaram da Exposição de Motivos.

O CMN, por meio do Voto 63/2000, de 30 de maio de 2000, aprovou a possibilidade de que as disponibilidades financeiras da Petrobras pudessem ser aplicadas livremente no mercado financeiro em títulos da dívida pública federal. Até então, segundo o referido Voto 63/2000, as aplicações das disponibilidades resultantes de receitas próprias das entidades abrangidas pelo DL 1.290/1973, somente podiam ser efetuadas em fundo de investimento gerido pelo BB. Entre as justificativas para o tratamento diferenciado dado à Petrobras estavam: (i) a necessidade de dar maior flexibilidade para a escolha da instituição sobre onde aplicar suas disponibilidades, o que resultaria em maior eficiência; (ii) o fato de a Petrobras ser uma companhia de capital aberto, com ações pulverizadas para o público, apresentando-se como empresa competitiva e com eficiente gestão financeira, dado os seus demonstrativos de boa situação econômico-financeira; e (iii) a busca, pelo País, de integração às economias globalizadas e aos mercados concorrenciais, onde a desregulamentação e o livre comércio são essenciais na busca de competitividade no longo prazo. Como as alterações conferidas pela Res. 4.540/2016, se deram exclusivamente por meio de alteração da Res. 3.284/2005, o tratamento específico dado à holding Petrobras, constante apenas do citado Voto 63/2000, não alcançava as suas empresas controladas.


O tratamento que havia sido conferido apenas à Petrobras, de poder aplicar suas disponibilidades oriundas de receitas próprias livremente no mercado financeiro, agora foi estendido a todas as sociedades de economia mista de capital aberto controladas diretamente pela União que não se enquadrem no conceito de empresa estatal dependente a que se refere o inciso III do art. 2º da LC 101/2000, e às pessoas jurídicas sob seu controle acionário. Além de dar maior transparência à forma como a Petrobras vinha aplicando seus recursos, dá-se à norma horizontalidade de tratamento, uma vez que as empresas incluídas nesse rol também possuem maturidade suficiente para escolherem a forma de aplicação de suas disponibilidades.

Buscando dar maior flexibilidade à aplicação das disponibilidades dessas sociedades de economia mista de capital aberto não dependentes, e às pessoas jurídicas sob seu controle acionário, e com o objetivo de aumentar a eficiência na administração financeira de seus recursos sem comprometer as diretrizes estabelecidas para a execução da política monetária e a gestão da Dívida Pública Federal, essas empresas poderão aplicar suas disponibilidades livremente no Brasil e no exterior, em linha com o atual regramento dado às empresas públicas e sociedades de economia mista que exerçam atividades sujeitas à supervisão do Bacen, além das subsidiárias integrais do BNDES.

A referida flexibilização está alinhada ao estágio de maturidade corporativa atingido pelas sociedades de economia mista de capital aberto não dependentes. Ao tempo da edição do DL 1.290/1973, conforme constou de sua justificação, o País necessitava de aperfeiçoar a administração financeira da Administração Federal Indireta e financiar eventuais déficits de caixa da União “com o emprego de recursos oriundos de fonte não inflacionária”.

Atualmente, além de essas circunstâncias não terem a mesma relevância, verificaram-se importantes avanços na legislação e nas práticas de governança corporativa, transparência, controles e gestão de riscos dessas empresas estatais, o que justifica conferir-lhes maior latitude para que possam formular com autonomia suas políticas de aplicação de disponibilidades, observada a legislação aplicável.

Conseqüentemente, para evitar inconsistências, a Res. CMN 4.986/2022 revogou expressamente a Res. 3.284/2005, a Res. 4.590/2016, e o art. 1º da Resolução CMN nº 4.034, de 30 de novembro de 2011 (Res. CMN 4.034/2011), que deu nova redação aos arts. 2º e 4º da Res. 3.284/2005<sup>12</sup>.

O Decreto nº 10.139, de 28 de novembro de 2019, estabelece a obrigatoriedade de os órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional revisarem e consolidarem os atos normativos editados no âmbito de suas respectivas competências. Essa medida tem como propósito revisar, atualizar, simplificar e consolidar os atos normativos, a fim de racionalizar o estoque regulatório. Com fundamento nesse Decreto, a Res. CMN 4.986/2022 consolidou todas as normas vigentes, que agora estão reunidas em único ato normativo. 

### NOTAS

- 1 O CMN é o órgão superior do Sistema Financeiro Nacional, criado pela Lei 4.595/1964, e tem a responsabilidade de formular a política da moeda e do crédito, objetivando a estabilidade da moeda e o desenvolvimento econômico e social do País, sendo composto pelo Ministro da Economia (Presidente do Conselho), pelo Presidente do Bacen e pelo Secretário Especial da Fazenda do Ministério da Economia.
- 2 De acordo com o Artigo 37, inciso XIX da Constituição Federal (CF) de 1988: “Art.37. A Administração Pública Direta e Indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também ao seguinte: (...) XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”.
- 3 A CEF foi instituída pelo Decreto-Lei nº 759, de 12 de agosto de 1969.
- 4 A ECT foi instituída pelo Decreto-Lei nº 509, de 20 de março de 1969, mediante a transformação do Departamento dos Correios e Telégrafos (DCT) em empresa pública, vinculada ao Ministério das Comunicações,
- 5 BNDES foi o nome adotado em 1982 quando houve a integração das preocupações sociais à política de desenvolvimento, que foi criado pela Lei nº 1.628, de 20 de junho de 1952, inicialmente com a denominação de Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE).
- 6 O BB foi o primeiro banco criado no País, em 12 de outubro de 1808, por determinação de Dom João VI, quando veio ao Brasil ainda como príncipe regente. De acordo com o Estatuto Social, trata-se de pessoa jurídica de direito privado, sociedade anônima aberta, de economia mista, que explora atividade econômica, na forma do Artigo 173 da CF, organizado sob a forma de banco múltiplo, está sujeito ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, co-



merciais, trabalhistas e tributários, sendo regido pelo Estatuto, pelas Lei 4.595/1964, Lei das Sociedades por Ações, Lei 13.303/2016 e seu respectivo Decreto regulamentador, e demais normas aplicáveis.

- 7 A Petrobras foi criada pelo Governo do Presidente Getúlio Vargas, através da Lei nº 2.004, de 03 de outubro de 1953, posteriormente revogada pela Lei Nº 9.478, de 06 de agosto de 1997 pelo Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso. De acordo com seu Estatuto Social a Petrobras é uma sociedade de economia mista, sob controle da União com prazo de duração indeterminado, que se regerá pelas normas da Lei das Sociedades por Ações e pelo Estatuto, e o controle da União será exercido mediante a propriedade e posse de, no mínimo, 50%, mais uma ação, do capital votante da Companhia.
- 8 O valor nocional é o valor total dos ativos de uma posição alavancada. Este termo é vulgarmente usado em relação a opções, fundos e mercados cambiais, porque estes instrumentos derivados permitem controlar uma grande posição no ativo subjacente através do investimento em pequenos montantes. O valor nocional é o valor total do ativo subjacente controlado pelo derivado.
- 9 A Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais é uma associação civil, sem finalidade econômica, que representa as instituições do mercado de capitais brasileiro, como bancos, gestoras, corretoras, distribuidoras e administradoras. O Índice de Mercado ANBIMA, conhecido como IMA, é referência para os investimentos em renda fixa. É uma das formas de os investidores acompanharem o desempenho das aplicações e avaliarem, de forma comparativa, as opções de produtos disponíveis no mercado.
- 10 O Índice de Duração Constante ANBIMA, conhecido como IDkA, apresenta o comportamento de aplicações de prazos fixos (vencimentos mantidos sempre com mesmo prazo) em títulos públicos. O índice é calculado com base em determinados pontos (chamados vértices) da curva de juros e tem como objetivo refletir ganhos e perdas decorrentes dos movimentos do mercado.
- 11 É o que prevê o Parágrafo Único do Decreto nº 10.960, de 19 de abril de 2021, que regulamenta o processo de transição entre empresas estatais federais dependentes e não dependentes.
- 12 O texto do art. 1º da Res. CMN 4.034/2011, revogado pela Res. CMN 4.986/2022, tinha a seguinte redação:  
"Art. 1º Os arts. 2º e 4º da Resolução nº 3.284, de 25 de maio de 2005, passam a vigorar com a seguinte redação: "Art. 2º A aplicação das disponibilidades de que trata o art. 1º somente pode ser efetuada em fundos de investimento extramercado administrados pela Caixa Econômica Federal, pelo Banco do Brasil S.A. ou por instituição integrante do conglomerado financeiro por eles liderados, constituídos com observância do disposto nesta Resolução.  
Art. 4º ...  
§ 4º A política de investimento dos fundos extramercado deverá, nas aplicações previstas no inciso I deste artigo, ser referenciada a um dos subíndices do Índice de Mercado Anbima (IMA) ou do Índice de Duração Constante Anbima (IDkA), com exceção de qualquer subíndice que tenha em sua composição títulos atrelados à taxa de juros de um dia."



**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.



## Constituição de *holding* patrimonial por meio de sociedade anônima fechada

■ POR REMO HIGASHI BATTAGLIA

**“Adoção da sociedade anônima fechada para constituição de uma empresa holding patrimonial enseja maior nível de restrições para atingimento dos bens do acionista com relação ao patrimônio da holding.”**

**N**o contexto das estruturas de proteção patrimonial sob o aspecto jurídico, tema de HOLDING PATRIMONIAL, a reorganização do patrimônio alvo se dá a partir de uma sociedade, pessoa jurídica, que reunirá bens móveis e imóveis com o propósito de administrar os frutos decorrentes da propriedade como rendimentos de locação, arrendamento, percepção de lucros oriundos de venda imobiliária ou mesmo de investimentos financeiros.

No Brasil, majoritariamente, as sociedades patrimoniais “holdings” são constituídas no formato de sociedade de responsabilidade limitada (LTDA) figurando como sócios os proprietários originais dos bens transferidos para esta empresa por integralização de capital, os quais muitas vezes são pessoas integrantes da mesma família.

A Sociedade Anônima, apesar de já conhecida e utilizada nas estruturas empresariais e patrimoniais, é um tipo societário mais sofisticado e que

apresenta algumas vantagens em relação à sociedade limitada no sentido de segregar e proteger o patrimônio destinado a este propósito, assim como as pessoas dos sócios eventualmente expostos quando há investigação e busca de patrimônio disponível contra eles.

Em outras palavras, a Sociedade Anônima pelas suas características fundamentais apresenta ferramentas jurídicas que favorecem a segregação patrimonial, notadamente pelo fato da S.A. ser uma empresa que tem seu capital dividido em ações, diferente da LTDA que é formada pela reunião de pessoas em virtude das suas qualidades individuais. Na S.A. as responsabilidades dos sócios se limitam ao preço de emissão das ações que lhe pertencem, logo representando uma sociedade de CAPITAL. É formada por, no mínimo, dois sócios (acionistas) e, no formato de capital fechado não permite que suas ações estejam disponíveis para comercialização no mercado da bolsa de valores, de modo que as ações são lançadas em livro próprio (registro dos sócios via livro – maior sigilo da informação), e, por via de consequência, o patrimônio inserido nesta pessoa jurídica fica adstrito, indiretamente, aos acionistas.

Depreende-se, portanto, que a identificação dos acionistas (S.A.) é menos exposta do que na sociedade LTDA, pois nesta o registro dos sócios é uma informação pública e identificável por meio de simples pesquisa na Junta Comercial ou no Cartório Público de Pessoas Jurídicas. Na S.A. a empresa deverá indicar seus diretores que conduzirão os negócios da sociedade e estas pessoas não precisam ser necessariamente acionistas.

Por se tratar de sociedade de capital (S.A.) a responsabilidade e os direitos patrimoniais do sócio capitalista se limita ao valor de suas ações e, neste diapasão, a tentativa de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade anônima (holding) para penhora e constrição de bens desta empresa por dívidas do acionista enfrenta restrições jurídicas, pois no limite do raciocínio o que poderia ser penhorado são as ações detidas pelo sócio, porém, é de bom alvitre ressaltar que a empresa é constituída por direitos e obrigações, de modo que é incomum a penhora de participação societária, pois aos olhos do credor, pode-se estar assumido dívidas ao invés de resgatar seu crédito, não obstante haja previsão legal no art. 835 do Código de Processo Civil.

Há vozes contrárias como a do jurista Rubens Requião, a saber:

“Entre o sócio e a sociedade erguem-se a personalidade jurídica desta, com a sua consequente autonomia patrimonial. Por isso, pertencendo o patrimônio à sociedade, não pode o credor particular do sócio penhorá-lo para garantia do seu crédito”. (REQUIÃO, Rubens apud ALMEIDA, Amador Paes de Execução de Bens dos Sócios, 8ª. Edição, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 107)

Em suma, o acionista capitaliza a sociedade e se torna titular das ações emitidas, desprendendo-se qualquer elemento pessoal do sócio, isto é, não há mais relação entre os sócios e a sociedade que não o capital, o patrimônio divisível, e assim por este conceito a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica é mitigada, conferindo ao acionista a segurança jurídica de que o seu risco está limitado o valor de suas ações.

A jurisprudência se curva a estes conceitos, tendo assim se posicionado:

“TJ-SP – Agravo de Instrumento AI 20905444420168260000 SP 2090544-44.2016.8.26.0000 (TJ-SP), publicação: 27/10/2016.

AÇÃO EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA – SOCIEDADE ANÔNIMA. 1 – Desconsideração da personalidade jurídica – sociedade anônima – requisitos rígidos para que seja atingido o patrimônio dos acionistas. 2 – Art. 50 do Código Civil que prevê a ocorrência abuso da personalidade jurídica. Caso concreto que não preenche os requisitos necessários, especialmente a demonstração de ocorrência de fraude. RECURSO IMPROVIDO.”

O fundamento legal está contido no art. 1º da Lei nº 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas):

“A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.” O Código Civil de 2002 também preceitua em seu art. 1.088:

“Na sociedade anônima ou companhia, o capital divide-se em ações, obrigando-se cada sócio ou acionista somente pelo preço de emissão das ações que subscrever ou adquirir”.


Há uma barreira legal entre o patrimônio do sócio e da sociedade que é justamente a personalidade jurídica e por assim dizer a sua autonomia patrimonial, razão pela qual os bens detidos pela sociedade não estão disponíveis para garantia e constrições por relações jurídicas típicas e exclusivas do sócio. Não se olvide que há discussões jurídicas no sentido de aproximar as sociedades limitadas à sociedade anônima de capital fechado face à tese de que neste caso há o caráter de personalidade entre os acionistas neste segundo tipo societário, não obstante a legislação e julgados acima expostos.

Nesta mesma linha, a caracterização de grupo econômico entre empresas exclusivamente por meio da identidade de um dos sócios capitalistas também representa um óbice maior a ser transposto quando se fala de sociedade anônima, justamente porque a participação do sócio na holding S.A. afasta a ideia de personalidade ou personificação como ocorre nas sociedades limitadas. A presença do acionista na S.A. se limita ao capital que suas ações representam e, tanto é assim que no raciocínio inverso a hipótese de alcançar a responsabilidade do acionista por dívida da própria sociedade anônima é rechaçada pelos nossos tribunais, vale dizer, via de regra, o acionista também não responde pelas dívidas da própria sociedade anônima, ressalvadas as exceções.

“TRT-2 - 10012448720185020501 SP (TRT-2), publicação: 01/10/2020. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SOCIEDADE ANÔNIMA. Nos termos dos artigos 115, 117 e 158 da Lei 6.604/76, nos casos em que a empresa é sociedade anônima, apenas o acionista controlador e os administrado-

res podem ser responsabilizados pelos atos de gestão e pela utilização abusiva da empresa. Assim, acionista minoritário, sem poder de gestão, não responde pessoalmente por dívida da empresa. Recurso dos agravantes a que se dá provimento.”

Para a Lei das Sociedades Anônimas o conceito de grupo econômico comercial é mais estreito, pois exige a presença de dois elementos: (i) controle por uma sociedade sobre todas as demais; e que este controle esteja fundado na (ii) titularidade de ações ou de cotas ou, ainda, mediante acordo entre os sócios.

Em suma, adoção da sociedade anônima fechada para constituição de uma empresa holding patrimonial enseja maior nível de restrições para atingimento dos bens do acionista com relação ao patrimônio da holding, além disto, verifica-se também a possibilidade de outras ferramentas que complementam um nível maior organizacional da sociedade com relação aos sócios por meio da celebração de acordo de acionistas, típico deste modelo societário, visando estabelecer regras de *valuation* (avaliação do preço da companhia) da empresa em vista de eventual alienação das ações totais ou parciais, além de mecanismos que regulam a relação entre os sócios para evitar crises societárias por meio de arranjos contratuais e cláusulas que definirão questões como o direito de preferência, e regras para vendas das ações a exemplo das cláusulas de TAG ALONG e DRAG ALONG. 

## REFERÊNCIAS

- ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas: arts. 243 a 300*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4, t. 2.
- COSTA MARTINS, Judith e COSTA e SILVA, Paula. *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação (2020)*. Ed. Quartier Latin
- COSTA, Márcio Henriques da. *Cláusula de melhores esforços: best efforts: da sua incidência e efetividade nos contratos, interpretação e prática*. Curitiba: Juruá, 2016.
- EYNG, Carlos Eduardo e Fabiano Hartmann Peixoto, *Revista de Direito da Cidade*, vol. 08, nº 1. ISSN 2317-7721 p. 93-111 93, PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO – SEGURANÇA NA AQUISIÇÃO DE IMÓVEIS INCORPORADOS, DOI: 10.12957/rdc.2016.18288
- ESTEVES, Daniel Santa Bárbara. *Contratos empresariais: contratos de organização da atividade econômica. Consórcio de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2015. (Série GVLaw).
- HIROMI, Higuchi. *Imposto de Renda das Empresas, interpretação e prática*. IR Publicações Ltda, 30. ed., 2005, São Paulo/SP.
- MAMEDE, Gladston *Holding Familiar e suas vantagens – Planejamento jurídico e Econômico do patrimônio e da Sucessão Familiar*, Pág 01, Editora Atlas, 8. ed. atualizada, São Paulo-SP, 2016.
- SILVA, Fabio Pereira da Alexandre Alves Rossi. *Holding familiar [livro eletrônico]: visão jurídica do planejamento societário, sucessório e tributário/*. Pág. 14 – São Paulo: Trevisan Editora, 2015.



**REMO HIGASHI BATTAGLIA** é Advogado. Pós-graduado em Direito Tributário pela PUC/SP. Especialista em Gestão Estratégica de Projetos – INSPER/SP e Negociação (Program on Negotiation) – Harvard Law (Cambridge USA). Mes- trando em Direito dos Negócios pela FGV LAW – Faculdade Getúlio Vargas.





# Enriquecimento ilícito não pode ser presumido

**Nova visão do art. 9º, da Lei nº 8.429/92, inciso VII, com a redação dada pela Lei nº 14.230/21**

■ POR MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS

**“É dever do poder público provar, de forma inequívoca, a prática do ato de improbidade praticado pelo agente público, sendo defeso a inversão de valores, capaz de gerar para o investigado a produção de prova negativa, ou diabólica. Deve partir da prática de um ato desonesto, comissivo ou omissivo, que demonstre uma desproporcionalidade excessiva no patrimônio ou na renda do agente público, para fins de subsunção no tipo descrito no inc. VII, do art. 9º da Lei nº 8.429/92.”**

## **DA NECESSÁRIA ALTERAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

**E**m nossos comentários à Lei nº 8.429/92, alterada pela Lei nº 14.230/2021, alertávamos do defeito legislativo anterior, visto que a mesma possuía comandos muito abertos, possibilitando o ajuizamento de natimortas ações de improbidade administrativa, além de permitir que a culpa fosse um dos elementos do tipo do art. 10, que versa sobre o prejuízo ao erário, equiparando-o ao dolo.



Após 30 (trinta) anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa, onde o manejo desproporcional de ações passou a ser uma realidade, questionando-se responsabilidade objetivas e atos ilegais, sem dolo e sem má-fé, com desvio do foco constitucional do combate ao ato desonesto, aquele praticado com extrema gravidade. Por essa razão, o legislador se viu na necessidade de deixar bem clara a abrangência do comando legal *sub oculis*.

O presente diploma legal se transformou em uma fonte de insegurança, dada a sua vagueza e falta de definição do núcleo do tipo do ato de improbidade, gerando uma sanha punitivista, sobre uma possível indústria das ações de improbidade administrativa.

E esses fatores convergiram em demonstrar a necessidade de se deixar explícito que somente a prática de ato doloso é que seria punido à título de improbidade, definindo-o e deixando mais técnica a presente Lei.

Deixamos consignado:<sup>1</sup>

“A Lei de Improbidade veio à superfície com a finalidade de combater atos que afetem a moralidade e maltratem a coisa pública.

Todavia, como a lei em comento possui comandos muito abertos, é necessário que haja uma certa prudência no manejo indiscriminado de ações de improbidade administrativa para que não seja enfraquecida e se torne impotente, pelo excesso da sua utilização, para os casos que não comportem o devido enfraquecimento.

Isso porque o comando legal em questão se preocupou apenas em definir os tipos da improbidade administrativa (arts. 9º, 10 e 11), sem, contudo, definir que venha a ser ato ímprobo.

Ao deixar de definir o conteúdo jurídico do que venha a ser o ato de improbidade administrativa, a Lei nº 8.429/92 permitiu ao intérprete uma utilização ampla da ação de improbidade administrativa, gerando grandes equívocos, pois possibilitou que atos administrativos ilegais, instituídos sem má-fé, ou sem prejuízo ao ente público fossem confundidos com os tipos previstos na presente lei.”

Dizemos que a Lei de Improbidade Administrativa em sua redação *gênesis* se assemelhava à norma penal em branco, por possuir conteúdo incompleto e cujo “aperfeiçoamento” ficava por conta de quem a interpretava.

Muitas injustiças foram perpetradas revoltando os cultores do Direito, que se viram à mercê de uma persecução desenfreada do Ministério Público, autor de várias ações que sequer possuíam lastro de probabilidade legal, e eram patrocinados por uma insubsistente justificativa, prejudicando inúmeras carreiras de agentes públicos.

Como essa situação se tornava insustentável no meio político, com a grande maioria dos agentes políticos respondendo a ações de improbidade administrativa por qualquer fundamento, que não fosse a corrupção ou a devassidão, a Câmara dos Deputados instalou, no dia 28/08/2019, uma Comissão Especial para analisar o PL nº 10.887/18, que propôs atualizações na Lei de Improbidade Administrativa.

O PL nº 10.887/18<sup>2</sup> apresentado pelo Deputado Federal Roberto Lucena, foi resultado do trabalho da Comissão de Juristas criada pelo então Presidente da Câmara, Deputado Federal Rodrigo Maia, e coordenada pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça – STJ, Mauro Campbell, a qual tivemos a honra de compor como membro.

Na reunião inaugural, o então Presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, defendeu a necessidade de modernizar a legislação em face da estrutura “muito aberta”, o que acaba inviabilizando o próprio interesse de agentes públicos.

A insegurança jurídica passou a ser mais frequente, pois todos os atos públicos, em tese, ficavam expostos a um controle rígido do Ministério Público, nem sempre fidedigno ao escopo constitucional da Improbidade Administrativa, onde o ato ilícito justificava o ajuizamento da ação, mesmo não estando presente o elemento subjetivo do tipo.

Por essa razão, reflexões foram surgindo com o objetivo de arejar o pensamento do legislador para que a presente lei fosse mais garantista e realmente pudesse fiscalizar os atos desonestos praticados com o dolo e com má-fé, abstraindo-se de pecados veniais, ou equívocos culposos, sem o substrato da má-fé.

A estrutura da legislação embrionária permitia a ocorrência da responsabilidade objetiva improbidade daquele que sequer participou minimamente para a ocorrência do ato ímprobo ou dele tivesse conhecimento.

Dessa forma, a redação do art. inaugural da Lei de Improbidade Administrativa partia dos “atos de improbidade” ao invés de trazer uma definição típica do núcleo do tipo do que venha a ser a prática de ato ímprobo. Tal equívoco foi corrigido pela presente lei, que definiu o conceito sobre a prática do ato de improbidade administrativa, para que ele não ficasse fluido ou aberto.

Somos da opinião de que os tipos do direito sancionador, aí se incluindo o penal e o administrativo disciplinar devem ser fechados, pois a experiência tem demonstrado que um Direito Administrativo Disciplinar aberto, tem gerado graves injustiças para com os investigados, visto que o poder punitivo estatal disciplinar, nem sempre se desprende de seus preconceitos de “lesado” na relação jurídica, deixando de se balizar pela imparcialidade e pelo acervo probatório produzido, para, independentemente do grau de reprovabilidade do ato tido como infracional, punir o agente acusado a qualquer custo, como uma forma de “torná-lo” uma fonte eficaz de exemplo negativo, tipo um freio inibitório à prática de futuros atos ilícitos, mesmo que não haja a menor evidência da prática de tais ilícitos funcionais.

O certo é que, a atual redação da Lei de Improbidade Administrativa, que veio para atualizar o texto embrionário da Lei nº 8.429/92, trouxe avanços no agir com responsabilidade perante a administração pública, tendo em vista que o texto anterior já havia completado quase 30 (trinta) anos de vigência e necessitava de ajustes urgentes, em face ao seu perigoso caráter aberto, que permitia graves injustiças, pois cabia ao intérprete completar o sentido amplo da lei em questão.

Pela nova norma, os atos de improbidade são praticados contra o patrimônio público e social de quaisquer dos poderes, dos entes federativos, incluídas as respectivas administrações diretas, indiretas e fundacionais, desde que

precedido de ato doloso, sendo excluído de tal contexto o ato ilegal, desprovido de má-fé ou de devassidão.

Por patrimônio público entende-se ser o conjunto de bens, direitos e valores pertencentes a todos os cidadãos.

Como afirmado por David Blanquer,<sup>3</sup> o patrimônio é um conjunto de bens, direitos e obrigações que se aglutinam por ter o mesmo sujeito titular.

O patrimônio é uma “universitas iuris” ou unidade fictícia ou ideal, artificialmente criada pelo direito para unificar o tratamento jurídico de distintas relações jurídicas.

Dessa forma, o patrimônio público, que como já dito é o conjunto de bens, direitos e valores que pertencem a todos os cidadãos e forma também o patrimônio social de todos e como tal deve ser preservado e bem cuidado pelo gestor público.

Esse é o bem jurídico tutelado pela atual lei de improbidade administrativa, ou seja, conservação do patrimônio público e social de qualquer dos valores dos entes federativos (União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios).

Em uma concepção restrita, pode-se entender que o patrimônio público é o conjunto de bens e direitos, mensurável em dinheiro, que pertence ao ente de direito público, conforme o disposto no art. 1º, § 1º, da Lei nº 4.717/65.

Já de forma mais ampla, é tido como o conjunto de bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, que pertence ao povo, para qual o Estado e a Administração Pública existem, justamente para administrá-los com probidade.

A lei de Improbidade Administrativa visa manter hígida a boa preservação do patrimônio público e social, abrangidos os princípios éticos, que embora não sejam bens, fazem parte do patrimônio moral de nossa sociedade, e devem ser protegidos pelo Estado e observados por todos os agentes políticos ou públicos e também para todos que se relacionam ou recebem verbas públicas. Esses valores éticos e morais estão disciplinados no art. 11 e seus incisos da presente lei e possui como destinatários não só os agentes públicos, mas todos aqueles que se relacionam com a administração pública de forma direta ou indireta, devem ser comportar com retidão e com lisura, não pactuando ou permitindo a prática de ato imoral ou devasso.

O objetivo da nova redação da Lei de Improbidade Administrativa, é deixá-lo apto ao combate dos atos desonestos e imorais, aqueles que são procedidos de dolo, e não de equívocos ou inabilidades culposas.

Dessa forma, os atos de improbidade devem ser praticados com dolo contra o patrimônio público e social para se inserir no presente contexto legal.

Sucedede que não é todo ato que atente contra esses bens juridicamente tutelados é que estará, em tese, inserido no escopo da atual lei de improbidade administrativa, pois, para ser tipificado como ato ímprobo, é necessário que ele seja praticado com dolo e que no exercício indevido das funções públicas, o agente desvie-se dos padrões éticos e morais da sociedade, pretendendo obter vantagens patrimoniais indevidas para si ou para outrem (art. 9º) ou gerar prejuízo ao patrimônio público (art. 10), ou viole os princípios norteadores da Administração Pública (art. 11), tudo de forma livre e consciente, com dolo.

A Improbidade Administrativa é a ilegalidade qualificada pelo dolo do agente, como delineada pela nova e atual versão da Lei nº 8.429/92. Apesar da Improbidade Administrativa depender da prática de um ato ilícito, nem todo ato ilegal ou imoral é ímprobo, pois ele é ligado ao elemento desonestidade. Ou seja, para serem tipificadas como ímprobos as condutas previstas nos arts. 9º a 11, da presente lei, necessário se faz que esteja presente o dolo e a desonestidade, verificada pela devassidão do ato ímprobo.

Por essa razão, Vera Scarpinella Bueno<sup>4</sup> leciona que “o fator diferenciador entre um ato ilegal e um ato de improbidade está, pois, na conduta do agente, e não da ilegalidade objetiva do ato.”

Para Marcelo Harger,<sup>5</sup> o conceito de improbidade é:

“Ato de improbidade é o ato ilícito doloso, decorrente de desonestidade do agente, que cause prejuízo à Administração, acarrete enriquecimento ilícito a um cidadão ou pessoa jurídica que esteja prevista em um dos incisos do art. 10, da Lei nº 8.429/92. Por outro lado, não são ato de improbidade aqueles praticados em decorrência de improbidade do administrador público, que re-presentem equívocos exclusivamente formais ou praticados de boa-fé.”

João Pedro Accioly<sup>6</sup> define:

“O agir ímprobo e o agir desonesto e moralmente condenável, que contende com os deveres éticos.”

Não se pode confundir meras irregularidades com grave desonestidade<sup>7</sup> funcional deixando que se equiparem aos atos ímprobos, como era previsto na legislação revogada.

Não há dúvida, para que se possa qualificar o ato ilícito em ato ímprobo, se faz indispensável que se tenha prova de agir doloso do agente público, o que afasta dessa seara singela irregularidade administrativa.

Assim, em que pese a relevância da Lei de Improbidade Administrativa para a defesa da moralidade administrativa, fica cristalinamente definido pela doutrina e pela jurisprudência que a aplicação dos comandos legais *sub oculis* há de ser feita balizada pelo grau de grave reprovabilidade da conduta do agente, de modo a impedir que sejam aplicadas suas pesadas sanções em face de equívocos ou erros toleráveis, aqueles que não possuem a desonestidade em seu âmago, não apresentando como desvio ético ou imoralidade qualificada pelo dolo.

Em abono ao que foi dito, adequada é a lição do Ministro Alexandre de Moraes:<sup>8</sup>

“O ato de improbidade Administrativa exige para sua consumação desvio de conduta do agente público, que no exercício indevido de suas funções, afaste-se dos padrões éticos e morais da Sociedade, pretendendo obter vantagens materiais indevidas ou gerar prejuízos ao patrimônio público, mesmo que não obtenha sucesso em suas intenções.”

Do mesmo modo se expressa Maria Sylvia Zanella Di Pietro:<sup>9</sup>

“A aplicação da Lei de Improbidade exige bom senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros.”

Chegamos a averbar sobre o tema:<sup>10</sup>

“Entendemos que o ato de improbidade administrativa é aquele em que o agente público pratica ato comissivo ou omissivo com devassidão (imoralidade), através de uma conduta consciente e dolosa. E a prática de ato lesivo ao erário, ou que demonstre uma moralidade qualificada.

Em síntese: a Lei nº 8.429/92 considerou os atos de improbidade administrativa divididos em três grupos, ou seja, enriquecimento ilícito (art. 9º, I a XII), ação ou omissão que redunde em perda patrimonial ou prejuízo (art. 10, I a XIII) e violação aos princípios da Administração Pública elencados no art. 11 e seus incisos.

Essa lei é uma consequência do que vem estatuído no § 4º do art. 37 da CF, que pune a improbidade administrativa com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas na respectiva lei.”

Por outro lado, sob o prisma jurisdicional, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, desde 1999, pelo REsp nº 213994-MG (1999/0041561), 1ª T., Rel. Min. Garcia Vieira, afirmou que: “Não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei nº 8.429/92. A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil.” (g.n.)

O agente público inábil ou desastrado não pode responder aos termos da presente Lei de Improbidade Administrativa, pois ela não é voltada para aquele que cometendo ato ilícito, o faz de boa-fé ou de forma desprovida de desonestidade ou de corrupção.

Esse entendimento ficou sedimentado perante o Superior Tribunal de Justiça – STJ e foi exteriorizado pela 2ª Turma, onde o Ministro Herman Benjamin, no REsp nº 1.666.307/MA, deixou averbado:<sup>11</sup>

“... para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, caracterizar a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé.”

No mesmo sentido, citando essa passagem, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, seguindo o voto condutor do Min. Sérgio Kukina, reafirmou tal entendimento, de que mero erro administrativo ausente o elemento subjetivo dolo, não se presta para o fim de condenação na prática de improbidade administrativa:<sup>12</sup>

“(…)

3. Hipótese em que o Tribunal de origem firmou a compreensão no sentido de que a conduta imputada ao agravo se consubstancia em mero erro administrativo, razão pela qual não se poderia falar na prática de ato de improbidade, diante da ausência do elemento subjetivo dolo. Assim, a revisão desse entendimento esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.”

Em se tratando de improbidade administrativa, com severas punições, é consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos arts. 9º e 11, da Lei nº 8.429/92, ou pelo menos evada de culpa grave, mas do art. 10” (STJ, AIA 30 /AM, Rel. Min. Teori Albino Zavaski, Core Especial I, DJ de 28.09.2011. Em igual sentido: STJ, AgInt no AREsp 1190179/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, 2ª T, DJ de 21.05.2018; AgInt no REsp 1717794/PR, Rel. Min. Sérgio Kukina, 1ª T., DJ de 26.04.2018; REsp 1.420.979/CE, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T., DJ de 10.10.2014; REsp 1.273.583/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª T, DJ de 2.09.2014; AgRg no AREsp 456.665/PR, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª T, DJ de 31.03.2014).

Como a Lei nº 14.230/21 retirou a conduta culposa do núcleo do tipo do art. 10, somente o dolo e o prejuízo efetivo ao erário é que, em tese, caracteriza violação ao citado artigo.

Pela atual Lei de Improbidade Administrativa, todos os tipos descritos nos arts. 9º a 11, somente serão punidos à título de dolo, através de uma vontade livre e consciente de praticar ato ímprobo, caracterizado pela desonestidade e pela má-fé do agente público ou do terceiro/particular, sendo suprimido o ato de improbidade administrativa mediante culpa. Foi a consagração legislativa de que não é razoável punir como ato de improbidade administrativa o erro, a imperícia, a negligência, ou a inabilidade, mesmo caracterizando como ilícito administrativo, mas sem o substrato do dolo ou da má-fé.

Essa modificação de conteúdo, de grande relevância na atual Lei de Improbidade Administrativa, vem assim justificado pelo Presidente da Comissão de Juristas, Ministro Mauro Campbell Marques,<sup>13</sup> responsável pela reforma da Lei nº 8.429/92, *verbis*:

“Na caracterização do ato de improbidade, o presente texto intenta introduzir algumas modificações não apenas estilísticas e redacionais, como também de conteúdo.



Bastante significativa é a supressão do ato de improbidade praticado mediante culpa.

De um atento exame do texto, par e passo da observação da realidade, conclui-se que não é dogmaticamente razoável compreender como ato de improbidade o equívoco, o erro ou a omissão decorrente de uma negligência, uma imprudência ou uma imperícia. Evidentemente tais situações não deixam de poder se caracterizar como ilícitos administrativos que se submetem a sanções daquela natureza e, acaso haja danos ao erário, às consequências da lei civil quanto ao ressarcimento.”

Essa alteração na Lei de Improbidade Administrativa foi necessária, pois o sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa não poderia mais contemplar a punição pela prática de atos culposos ou ilegais, sem o substrato da má-fé e da desonestidade.

E coube ao Deputado Federal Carlos Zarattini,<sup>14</sup> relator do Projeto de Lei nº 10.887/2018, que reformou a Lei nº 8.429/92, deixar configurada a necessidade de se reformular a Lei de Improbidade Administrativa, por ela ser a responsável por várias injustiças, em seu manejo pelo Ministério Público, como se infere:

“É inquestionável a necessidade de se reformular a Lei de Improbidade Administrativa – LIA, são incontáveis os casos de condenações por irregularidades banais, que não favorecem nem prejudicam ninguém além do próprio agente público, punindo severamente com multas vultosas e suspensão dos direitos políticos. Com isso, cada vez mais pessoas de bem vão se afastando da vida, em prejuízo da população.”

Nesse sentido, buscou o legislador fechar o tipo do Ato de Improbidade para punir somente a prática de conduta dolosa, além de estabelecer rol taxativo para os tipos previstos no art. 11, caracterizadores de improbidade por ofensa aos princípios administrativos.

As mudanças da Lei de Improbidade, com certeza, vieram para qualificar a investigação do Ministério Público, no sentido de estabelecer um novo e adequado marco na aludida persecução, onde o órgão fiscalizador terá que se focar para os atos desonestos e dolosos, deixando de lado meras irregularidades, que não lesem os valores éticos ou morais da Administração Pública.

## **ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE IMPORTAM ENRIQUECIMENTO ILÍCITO**

O art. 9º versa sobre o primeiro tipo da prática de ato de improbidade administrativa, consistente no enriquecimento ilícito do agente.

A Lei nº 14.230/2021 introduziu nova redação ao art. 9º.<sup>15</sup>

A nova e atual redação tipifica como ato de improbidade administrativa o enriquecimento ilícito do agente público ou do agente político, quando ele recebe qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício

irregular de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º, da Lei de Improbidade Administrativa, de forma dolosa.

Parece singela tal alteração, pois somente se enriquece indevidamente quem age com a vontade específica de auferir vantagem ilícita, mas tal inserção veio a ratificar a necessidade da prática de ato funcional de expressa gravidade, onde a vontade livre e consciente de praticar ato ilícito vinculado ao proveito financeiro próprio ou de terceiro se sobrepõe ao dever de lealdade que o agente deve nutrir pelo ente público ao qual está vinculado.

Essa é a razão principal para que fosse inserida na redação atual a seguinte orientação: “mediante a prática de ato doloso.”

Chega-se a essa conclusão, pelo fato de tanto a doutrina quanto a jurisprudência, serem uníssonas em pontificar que o tipo infracional que gere o enriquecimento ilícito somente se configura pela prática de ato doloso perpetrado pelo agente.

Nunca houve divergência sobre tal questão, pois somente se enriquece ilicitamente aquele que pratica ato doloso, não se admitindo o tipo culposo para a tipificação do respectivo ilícito funcional.

Ao ser inserido pelo legislador a recomendação da improbidade administrativa que configura o enriquecimento ilícito ser precedido ou consumado “mediante a prática de ato doloso”, ele quis encerrar algumas dúvidas sobre a inversão do ônus da prova na presente questão, por estabelecer que a vontade livre e consciente do agente que demonstre uma desonestidade é que irá tipificar a presente infração funcional.

O Superior Tribunal de Justiça<sup>16</sup> construiu sólida jurisprudência que se a Administração Pública demonstrar uma variação patrimonial incompatível do agente, mesmo que ausente a prática (conduta) de ato funcional, compete ao mesmo demonstrar a respectiva compatibilidade com a renda declarada; esse assunto será analisado no próximo tópico.

Da mesma forma, o Enunciado CGU/CCC nº 8, de 2014 orienta aos órgãos correccionais da Administração Pública Federal no mesmo sentido: “Nos casos de ato de improbidade que importem em enriquecimento ilícito pelo agente público, cujo valor seja desproporcional à evolução do seu patrimônio ou à sua renda, compete à Administração Pública apenas demonstrá-la. Não sendo necessário provar que os bens foram adquiridos com numerário obtido através de atividade ilícita.”

Na verdade, o enriquecimento ilícito é resumido no dicionário Wikipédia como um acréscimo patrimonial pessoal, que deve ser desproporcional, em tão pouco tempo sem justa causa ou declaração à órgão fiscal competente (Receita Federal), decorrente da prática de ato ilícito ou através de tráfico de influência. Havendo lesão ao patrimônio público, causado pelo agente, configura-se crime contra a Administração Pública ou peculato.

Com efeito, mesmo que ocorra variação patrimonial a descoberto, a caracterização da improbidade prescinde da conduta dolosa, e da demonstração de uma desproporção substancial entre o patrimônio do agente público com a evolução de seus rendimentos e demais fontes de seu vínculo no período considerado.

Corroborando o que foi dito, segue o entendimento da COGED, Parecer PGFN/CDI nº 1986/2006, no sentido de que “não é qualquer incompatibilidade que está compreendida no conceito de enriquecimento ilícito, mas somente aquela que se apresente significativa, realmente desproporcional.”

A incompatibilidade de renda irrelevante, menor, indicativa de mera desorganização fiscal do agente público, ou outra circunstância que elida a desonestidade própria dos atos de improbidade, descaracteriza essa atividade material da conduta.

A presunção de enriquecimento ilícito foi construída pela Terceira Seção no MS nº 12.536/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 26.09.2008, onde se dissociou da conduta do agente (negativa de elemento subjetivo) tida como ímproba, para dar ensejo à responsabilização objetiva.

Na verdade, o patrimônio desproporcional à renda recebida pelo agente público não pode ser considerado sinal de locupletamento ilícito insuscetível de prova em contrário, pois ele pode decorrer de várias situações legais. A inversão do ônus da prova no presente caso é algo não respaldado pela norma legal, pois o incremento patrimonial pode não ter sido obtido “mediante a prática de um ato doloso” (comissivo ou omissivo).

Parte o poder público da presunção de que os bens desproporcionais à renda ou a normal evolução patrimonial do agente público, adquiridos no exercício do cargo ou da função pública, representam auferimento de vantagem indevida em razão do respectivo vínculo público.

Essa presunção não é absoluta e deve ser ratificada por prova suficiente que o agente público não se equivocou ao fazer a sua declaração de rendas à Receita Federal, pois senão qualquer erro de lançamento ou inabilidade na transmissão ao fisco seria tipificado como improbidade administrativa.

Por certo, essa não é a exegese do presente artigo, visto que ele é direcionado para os agentes públicos que praticam ato doloso desonestos, desmerecendo suas funções em prol de interesses espúrios e imorais, vinculado ao recebimento de vantagem econômica.

A presente infração se conecta a uma conduta extrema do agente que busca um ganho patrimonial. Ausente o acréscimo patrimonial ou o recebimento de vantagem pecuniária, resultante do ato infracional do agente, é eliminada a configuração do enriquecimento ilícito.

Sobre o assunto Marçal Justen Filho<sup>17</sup> afirma:

“A improbidade do art. 9º somente se configura em casos de reprovabilidade extraordinária. Exige o dolo. A culpa não é apta a gerar improbidade nos casos em questão. Assim se passa porque o substrato material consiste na prática de conduta irregular orientada à obtenção de um enriquecimento indevido. Ou seja, é indispensável a consciência e a vontade de violar a ordem jurídica para atingir um benefício patrimonial. Logo, não haverá a consumação dessa modalidade de improbidade quando, por exemplo, o agente está aí infringir a lei sem o intento de obter enriquecimento.”

A configuração de ato de improbidade administrativa que importe enriquecimento ilícito exige a presença do elemento subjetivo na conduta do agente

público, mostrando-se indispensável à demonstração do elemento dolo da prática adotada pelo agente, além da demonstração de um incremento patrimonial incompatível.

Não há como interpretar extensivamente o presente art. imputando ao agente a responsabilidade objetiva, desatrelando o ato praticado pelo agente da prática dolosa<sup>18</sup> e do enriquecimento ilícito do mesmo ou de terceiras pessoas por ele designado, como já dito alhures.

Por essa razão há de estar configurada a infração de forma cabal pelas provas, porquanto ausentes, afastada será a presente imputação.

Na lição de Pedro Roberto Decomain:<sup>19</sup>

“Há necessidade do atendimento de três requisitos, para que o ato seja passível de enquadramento no art. 9º da Lei: a) enriquecimento ilícito, pela percepção da vantagem patrimonial indevida; b) conduta dolosa do agente; e c) vinculação do auferimento dessa vantagem ao exercício do cargo, emprego, função ou atividade na Administração de modo geral.

Encampando a presente lição doutrinária, o Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>20</sup> decidiu:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RESSARCIMENTO DE DANOS AO ERÁRIO PÚBLICO – ENRIQUECIMENTO ILÍCITO PERCEPÇÃO DE VANTAGEM PATRIMONIAL INDEVIDA REEMBOLSO IRREGULAR DE DESPESAS INADMISSIBILIDADE.

1 – Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de atividade no Município (art. 9º, da Lei nº 8.429/92).

2 – Para caracterização da improbidade do art. 9º da Lei nº 8.429/92 exige-se: a) enriquecimento ilícito pela percepção de vantagem patrimonial indevida; b) conduta dolosa do agente; e c) vinculação da percepção dessa vantagem ao exercício do cargo, emprego, função ou atividade na Administração de modo geral. Concorrência dos requisitos legais. Pretensão à reparação do dano julgada procedente. Sentença mantida. Recurso desprovido.”

O direito administrativo sancionador, tal qual o direito penal, não admite a utilização de analogias ou de interpretações ampliativas para possibilitar que atos que antecedem aos praticados no exercício da função pública sejam tipificados como tal posicionamento da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça,<sup>21</sup> que não admitiu que o ato privado projetasse efeitos disciplinares para a relação pública:

Dessa forma, os fatos que dizem respeito ao agente público, desvinculado de sua função pública, não poderão ser objeto de análise pelo Poder Disciplinar, por haver atipicidade da conduta, além da flagrante incompetência da Administração Pública para imiscuir na vida privada das pessoas, que é inviolável, salvo se for precedida da autorização judicial (art. 5º, X e XII, da CF).

Portanto, o agente público somente é responsabilizado civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições, sendo certo que

o exercício irregular é aquele verificado após a sua posse, no desempenho de seu mister, consoante lição expressa do art. 121, da Lei nº 8.112/90, “O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.”

Vale dizer que, em caso de desempenho funcional irregular (ato comissivo ou omissivo), o agente público pode ser responsabilizado na esfera administrativa (com aplicação de penalidades disciplinares). Por essa razão, a condição *sine qua non* para que haja a responsabilidade funcional é o exercício irregular da função.

Aliás, outra não é a diretriz do art. 124, da Lei nº 8.112/90, quando estipula que “a responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho de cargo ou função.”

### **AQUISIÇÃO DE BENS OU VALORES DESPORPORCIONAL À EVOLUÇÃO DO PATRIMÔNIO OU À RENDA DO AGENTE PÚBLICO**

O inciso VII, do art. 9º, com a redação dada pela Lei nº 14.230/2021, introduziu mudança fundamental, que é a expressão “em razão deles”, visando qualificar o ato de improbidade administrativa quando o agente público adquirir para si ou para outrem, no efetivo exercício do vínculo público, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do seu patrimônio ou à sua renda.

Parece insignificante tal alteração, mas na prática faz toda a diferença, visto que a expressão “em razão deles” vincula a aquisição, para si ou para outrem, no exercício de mandato, de cargo, de emprego ou de função pública, bens de qualquer natureza, decorrentes dos atos descritos no *caput* do art. 9º, que juntamente condiciona a prática do ato de improbidade importando em enriquecimento ilícito, a prática de ato doloso.<sup>22</sup>

Mais claro é impossível!

O legislador alterou tanto o *caput* do art. 9º, como o presente inciso VII para evitar as injustiças verificadas com o julgamento feito com base em presunções e inversão do ônus da prova, que não são mais admitidas.

O enriquecimento ilícito não pode ser uma ficção ou construção de interpretações fortuitas do poder público, como uma “ferramenta” para excluir do serviço público esse ou aquele agente público.

O conceito é vago e possui um alcance avassalador se não for interpretado com razoabilidade e coerência. Isso porque não é qualquer variação patrimonial que será inserida no rol de vantagem ilícita e muito menos caracterizada como ato de improbidade administrativa.

Improbidade Administrativa é conduta e prática de ato funcional ilícito ou imoral, qualificada pelo elemento subjetivo do tipo.

Não pode ser presumido o enriquecimento ilícito, porquanto ele é direcionado para o agente público que tiver determinada desproporção entre o valor de um bem adquirido e a evolução de seu patrimônio, ou renda, verificado pelo mau uso da função pública, ou em decorrência dela. O enriquecimento ilícito deve ser certo e objetivo, decorrente da utilização de cargo, função, emprego

público etc., de forma ardilosa e inescrupulosa, com o recebimento de vantagens patrimoniais ilícitas, que são aplicadas na evolução desproporcional do patrimônio do agente.

Em abono ao que foi dito, agrega-se o fato do presente inciso VII atrelar-se ao *caput* do art. 9º que é uníssono em estipular o tipo da improbidade administrativa como aquele que importa em enriquecimento ilícito, “em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego...” do agente público, mediante a prática de ato doloso (nova redação dada pela Lei nº 14.230/2021).

Nesse sentido, não há como se presumir que qualquer desproporcionalidade na evolução patrimonial do agente público seja indevida em razão do vínculo público, pois o princípio é inverso, imperando a presunção de inocência em favor do indivíduo/agente.

Cabendo ressaltar que a Lei nº 14.230/21 incluiu a redação do § 19, inc. II, do art. 17, da Lei nº 8.429/92, que não permite a inversão do ônus da prova ao Réu nas ações de improbidade administrativa.

Assim está escrito o inc. II, do § 19, do art. 17, da Lei nº 8.429/92:

“Art. 17 (...)

(...)

§ 19. *Não se aplicam na ação de improbidade administrativa:*

II – *a imposição de ônus da prova ao réu, na forma dos §§ 1º e 2º do art. 373 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).”* (g.n)

Somente prova robusta é que poderá elidir a presunção de inocência, onde a materialidade da conduta estiver invencivelmente demonstrada, decorrente de ato devasso praticado pelo agente público, que recebe vantagens pecuniárias para incumprir norma de conduta.

Não resta dúvida que a presente questão é polêmica e consiste em saber se a caracterização do tipo de improbidade em questão está condicionada à comprovação do nexos causal entre o enriquecimento desproporcional e a prática de algum ato desleal.

A primeira corrente doutrinária, da qual nos filiamos, defende que não há presunção legal de enriquecimento ilícito,<sup>23</sup> incumbindo o Ministério Público provar que a aquisição de bens em desacordo com a evolução do patrimônio do agente público decorreu de determinado ato de improbidade, praticado no exercício de função pública. Isso porque, não há na espécie, qualquer previsão de inversão do ônus da prova.

A regra é o ônus da prova ser de responsabilidade de quem faz a afirmação: “semper onus probandi ei incumbit qui agit”.

Em sentido contrário, respeitados doutrinadores<sup>24</sup>, com respaldo do Superior Tribunal de Justiça, entendem que há sim a presunção legal de enriquecimento ilícito na espécie, ou seja, o autor da ação de improbidade administrativa não precisa demonstrar o nexos causal entre a prática de ato comissivo ou omissivo e o acréscimo patrimonial do agente público, bastando a demonstração de que há o exercício da função pública e a presunção de que os valores adquiridos são incompatíveis ou desproporcionais à evolução de



seu patrimônio ou a renda. Essa corrente defende a inidoneidade do agente público que adquire bens e valores incompatíveis com a normalidade do seu padrão de vencimentos.<sup>25</sup>

Essa corrente doutrinária e jurisprudencial dominante defende que o dolo é presumido pelo exercício da função pública, sendo o enriquecimento ilícito uma consequência do exercício desleal do agente público.

Se já discordávamos antes dessa posição jurídica, agora com maior ênfase ainda, pois o legislador se concordasse com o dolo presumido pelo exercício da função pública não iria introduzir a expressão “mediante a prática de ato doloso” como consequência do ato de improbidade administrativa, que caracteriza o enriquecimento ilícito, consistente no recebimento de vantagem patrimonial indevida.

Da mesma forma, a expressão “em razão deles” condiciona a conduta do agente público ao efetivo exercício de mandato, cargo, emprego ou função, que acarrete enriquecimento ilícito oriundo de uma desproporção patrimonial incompatível com a renda, alicerçada ao dolo específico, não sendo mais admitido o dolo genérico ou presumido.

Qual seria a razão da alteração do *caput* do art. 9º e do respectivo inciso VII, da Lei nº 8.429/92, com a redação que lhe deu a Lei nº 14.230/2021, se não fosse para condicionar o enriquecimento ilícito em razão do desempenho desonesto do cargo ou da função do agente público?

Para não gerar mais nenhuma dúvida sobre o presente tipo infracional, o § 4º, do art. 1º, da Lei nº 8.429/92, ao determinar a aplicação dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no sistema da improbidade, reafirmou a necessidade da responsabilidade subjetiva, aquela vinculada ao elemento psíquico que liga o agente ao ilícito praticado, em decorrência da manifestação de vontade consciente e dirigida ao fim colimado.

Trata-se de princípio maior do direito penal (direito sancionador), em oposição à ultrapassada responsabilidade sem culpa-consistente na possibilidade de imputação de um crime a alguém apenas pelo vínculo concreto, objetivo, sem necessidade de demonstração do liame psíquico, subjetivo.

O nexo-causal terá que estar presente, proveniente do enriquecimento ilícito do agente público vinculado (“em razão deles”) única e exclusivamente à função pública (má-conduta), sem presunções ou dúvidas.

O dano não se presume, e muito menos o enriquecimento ilícito, pois exige a necessidade, no presente contexto jurídico, do ato de ofício (omissivo ou comissivo) como condição *sine qua non* do presente tipo legal e a prova cabal de que o crescimento patrimonial deu-se em face ao vínculo público, de forma desproporcional.

A lesividade ao erário público decorre da prática de um ato ilícito, e não da presunção do mesmo, que tenha como pressuposto o dolo específico e a má-fé do agente público.

É juridicamente impossível estimar-se um dano decorrente da presunção de que houve enriquecimento ilícito do agente público. O enriquecimento ilícito deve estar inequivocamente presente no âmago do ato ilícito, tanto no tipo objetivo quanto no tipo subjetivo.

Assis Toledo,<sup>26</sup> faz importante reflexão sobre o tema, aduzindo que ao tempo da responsabilidade sem culpa, também denominada objetiva, só interessava o fato exterior danoso:

“Desconsiderando-se a existência de alguma ligação, além da simples causalidade física, entre o fato consumado e o agente”.

E assim sendo, surge a noção de culpabilidade, com a introdução da ideia de unir a prática de crime (ilícito) a elementos psíquicos ou anímicos – a previsibilidade e a voluntariedade – como condição da aplicação da pena criminal – *nullum crimen sine culpa*<sup>27</sup>.

Assentados nesses dois elementos anímicos, um volitivo, outro intelectual (o voluntário e previsível), veio a consagração de dois importantes conceitos penalísticos, aplicados de forma direta na ação de improbidade, o dolo e a culpa (essa última modalidade já não é mais aplicada no contexto da Lei nº 8.429/92), entendidos como elementos subjetivos da conduta criminosa, daí a responsabilidade no direito sancionador não admitir outra forma senão a subjetiva.

Dessa forma, a presunção de enriquecimento ilícito é ilegal, e deve estar conectada a vontade livre e consciente do agente público de produzir resultado antijurídico.

Não se admite, no direito sancionador, a acusação baseada em responsabilidade objetiva, presumida, pelo fato do agente exercer *munus* público, sem nexos causal com a função ou com o cargo desempenhado pelo mesmo.

A lesividade presumida no âmbito pecuniário, mercê da lesividade à ordem jurídica, é aquela que onera, sem benefícios, o erário público, em proveito próprio do agente público que deu causa ao ilícito.

É essencial, portanto, que restem provados três requisitos simultâneos: a imoralidade do ato impugnado (ato funcional), a lesão aos cofres públicos e o enriquecimento ilícito do agente público, recebimento de vantagem em razão do cargo ou da função.

A ação de improbidade administrativa exige descrição dos fatos com a indicação precisa do comportamento doloso do agente público, em atenção ao princípio da congruência, sobre a imputação e a possível condenação.

Sendo de se considerar que para a caracterização do ato funcional conduta como espécie do gênero de improbidade administrativa é necessário que estejam presentes a ilicitude extrema do ato infracional, o caráter ímprobo do ato e o dolo do agente público em agir de forma ilícita no tipo descrito no presente inciso, no caso a finalidade de um incremento patrimonial.

De forma que, no enriquecimento ilícito cabe, à parte autora (órgão de acusação) demonstrar a aquisição de bens de forma desproporcional à evolução patrimonial ou salarial do agente público, não cabendo a inversão da prova ao acusado, na forma do art. 17, § 19, II, da Lei nº 8.429/92.

Antes da nova redação do inc. VII, do art. 9º, da Lei de Improbidade, dada pela Lei nº 14.230/2021, como já dito, uma vez comprovada, por prova segura e direta, a desproporcionalidade entre a evolução patrimonial e a renda auferida pelo agente público, entendia o STJ<sup>28</sup> que cabe ao Réu, por sua vez, o ônus de demonstrar a licitude da aquisição dos bens de valor tido por desproporcional:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE RENDA E PATRIMÔNIO. ART. 9º, VII, DA LEI 8.429/92. ÔNUS DA PROVA. ACORDÃO RECORRIDO QUE, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS, CONCLUIU PELA CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

Na apuração do ato de improbidade, previsto no art. 9º, VII, da Lei nº 8.429/92, cabe ao autor da ação o ônus de provar a desproporcionalidade entre a evolução patrimonial e a renda auferida pelo agente, no exercício de cargo público. Uma vez comprovada essa desproporcionalidade, caberá ao réu, por sua vez, o ônus de provar a licitude da aquisição dos bens de valor tido por desproporcional.

Segundo consignado no acórdão recorrido, à luz das provas dos autos, “logrou êxito o MP em demonstrar que há uma incompatibilidade flagrante do patrimônio amealhado pelo Deputado e seus ganhos públicos de molde a denotar a ilicitude da aquisição patrimonial, não sensibilizando a alegação de que alienou diversos bens ou ser sócio de empresas quando, ainda assim, não justificam a evolução patrimonial e as movimentações financeiras incompatíveis com a renda declarada”. Assim, a alteração do entendimento do Tribunal de origem ensejaria, inevitavelmente, o reexame fático-probatório dos autos, procedimento vedado, pela Súmula 7 desta Corte. Precedentes do STJ: AgRg no REsp 1.513.451 ICE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 26/06/2015; AgRg no AREsp 597.359/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 22/04/2015; AgRg no AREsp 532.658/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 09/09/2014.

III. Agravo Regimental improvido.”

Agora, como já dito *alhures*, é vedada na Lei de Improbidade Administrativa, a inversão do ônus da prova como o Superior Tribunal de Justiça – STJ impunha ao agente público o dever de provar<sup>29</sup> a origem lícita dos valores tidos como desproporcionais, sob nova ótica legislativa, a interpretação jurídica, será enfrentada sob outro foco, vinculado às mudanças introduzidas nos comandos legais já declinados.

Isso porque, a Corte de Justiça firmou jurisprudência<sup>30</sup> no sentido de que em matéria de enriquecimento ilícito, cabe à Administração Pública comprovar o incremento patrimonial significativo e incompatível com as fontes de renda do agente público. Superada essa etapa, é do agente acusado o ônus de demonstrar a licitude da evolução patrimonial questionada pela Administração Pública, sob pena de configuração de enriquecimento ilícito.

Vejamus como será a interpretação da atual redação do inciso VII, do art. 9º, da Lei nº 8.429/92.

Benedicto de Tolosa Filho<sup>31</sup> faz, com muita propriedade, a devida distinção entre a diferença do enquadramento legal do acréscimo patrimonial para o Direito Tributário e para a Lei de Improbidade Administrativa, sublinhando

a necessidade de uma prova contundente do Poder Público contra o agente público, para que não haja a indevida inversão do ônus da prova:

“O cerne da ação que tipifica ato de improbidade administrativa é o aumento pessoal de patrimônio ou a aquisição disfarçada para terceiros de bens de qualquer espécie, desde que por agente público, no exercício do mandato, cargo, emprego ou função pública, cujo valor não guarde proporção com renda auferida.

Para que o Fisco inicie procedimento na área tributária, basta virem à luz os chamados “sinais exteriores de riqueza”, cabendo ao averiguado provar que os ditos “sinais” são compatíveis com seus rendimentos. Essa premissa precisa ser tomada com o devido cuidado, quando transposta para a esfera dos atos de improbidade administrativa, sob pena de consagração da inversão do ônus da prova. Se na esfera tributária a presunção é suficiente para desencadeamento de procedimento averiguatório, para apuração de eventual ato de improbidade administrativa mister se faz que o autor da ação civil comprove que o patrimônio do agente público é incompatível, decorrente do exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública. A inversão do ônus da prova, embora possa parecer clara pela redação do inciso analisado, deve ser afastada em homenagem ao próprio fundamento do Estado Democrático de Direito. O nexo causal de ato de aumento patrimonial indevido pelo exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, deve ser demonstrado cabalmente pelo autor da ação civil pública.”

A inversão do ônus da prova tem que vir expressamente delineada na lei, o que não ocorreu na espécie da Lei de Improbidade Administrativa, que expressamente proibiu tal presunção, na forma do art. 17, § 19, II, da Lei nº 8.429/92.

Essa inversão do ônus da prova na esfera correicional se concretiza quando se refere a origem da renda auferida pelo agente público, onde é interpretada de forma equivocada, que a suposição legal da Lei de Improbidade Administrativa é de que uma renda não justificada do agente público resulta de atos de improbidade que fundamenta a punição. Ora, a variação patrimonial a descoberto acarreta um indício de possível irregularidade fiscal ou funcional, mas não necessariamente gera comportamento ímprobo do agente público, que deverá ser investigado e provado, pois a conduta ímproba se consuma pela prática de atos ligados à função pública exercida ou em decorrência dela. Ela pode ser advinda de várias situações, não necessariamente de mácula ao vínculo público, daí a importância do acervo probatório e a demonstração do nexo de causalidade.

Cabe esclarecer que a variação patrimonial deve ser significativa, realmente desproporcional, para se poder falar em ato de improbidade administrativa. Isso porque a possível incompatibilidade entre renda auferida e patrimônio deve partir de cálculos aritméticos, fixados com critérios objetivos e confiáveis e não aleatórios, porquanto a caracterização da infração em questão não pode prescindir de um juízo de proporcionalidade sobre a discrepância encontrada.

Com efeito, não se pode admitir incluídos no dispositivo legal condutas que, por sua inexpressividade, estejam a indicar meras desorganizações fiscais, simples questões compreendidas na relação entre fisco e contribuinte.

Assim sendo, para que se investigue se há ato de improbidade que acarreta possível enriquecimento ilícito do agente, percebe-se que não é qualquer incompatibilidade que está compreendida no conceito, mas somente aquela que se apresenta significativa, realmente desproporcional. O juízo discricionário do poder público deve ser vinculado à proporcionalidade.

A desproporcionalidade indica, como presunção relativa, ato de enriquecimento ilícito. Ela é relativa e pode advir da prática de ato ilícito funcional, mas ela por si só não é capaz de impor a subsunção da conduta do agente em ato ímprobo, em face da necessidade do dolo específico.

A improbidade administrativa resulta da prática de ato devasso e imoral verificado pelo mau uso do vínculo público. O desequilíbrio patrimonial do agente deve advir desse mau comportamento funcional, para se qualificar como improbidade administrativa.

Ora, ainda que em ação de improbidade administrativa alguns tribunais entendam não ser necessário descrever minuciosamente as condutas, e os tipos infracionais imputados a cada agente público, o que discordamos veementemente, dizer que o Réu causou prejuízo ou recebeu vantagem econômica ilícitamente, capaz de gerar desproporcionalidade patrimonial, e por essa razão ocorre a subsunção de sua conduta no presente comando legal parece insuficiente, afinal, incumbe ao autor da ação a delimitação e comprovação da hipótese ímproba. Para tanto, o Ministério Público, ou órgão de lotação do agente investigado possui a seu dispor a persecução disciplinar, onde existe todo o mecanismo legal para investigar e provar não só o enriquecimento ilícito do investigado, como a desproporcionalidade de sua evolução patrimonial, vinculados à prática de ato ilícito.

Daí resulta que os fatos narrados na acusação devem estar aptos à tutela pretendida, tendo em vista que a peça acusatória deve conter a indicação da conduta, omissiva ou comissiva, através da qual o agente público auferiu vantagem patrimonial indevida em razão do exercício do cargo público ostentado.

A pretensão ajuizada não pode ser um “cheque em branco”, porquanto o órgão acusador tem o dever de apresentar formulação adequada e fundamento razoável que a torne viável no plano objetivo, ligando-se à subsunção do fato à norma e, conseqüentemente perquirir a eventual aplicação da sanção pretendida.

Portanto, a ausência de determinação dos atos tidos como ímprobos praticados impede a verificação da adequação típica da conduta ao tipo legal. Levando-se em conta que a ação de improbidade administrativa é algo sério e desgastante para a parte, é necessário que haja, pelo menos, um substrato razoável que justifique a sua instauração, sob pena de inépcia da petição inicial. A prova do enriquecimento ilícito e a desproporcionalidade entre a renda e patrimônio deve ser de competência de demonstração do autor da demanda.<sup>32</sup>

Na hipótese de a Administração Pública tomar conhecimento de fundada notícia ou de indício de enriquecimento ilícito, inclusive evolução patrimonial

incompatível com os recursos e disponibilidades do agente público, promoverá a instrução de sindicância patrimonial.<sup>33</sup>

A sindicância patrimonial é o instrumento, apesar de não ter “reserva de lei” que o poder público possui para demonstrar se o ato funcional é ilícito e a variação patrimonial desproporcional.

Havendo fortes indícios de materialidade e de autoria, dispensa-se a instauração da Sindicância, podendo a autoridade administrativa determinar a imediata instauração do processo administrativo disciplinar.

Concluído o procedimento de sindicância patrimonial nos termos do Decreto nº 10571/2020 (§ 3º do art. 14), a Comissão responsável por sua condução fará relatório sobre fatos apurados, opinando pelo seu arquivamento ou, se for o caso havendo indícios de autoria e de materialidade de enriquecimento ilícito por agente público federal investigado, pela instauração de processo disciplinar visando apuração da prática de ato de improbidade administrativa.

A partir daí, geralmente, é que podem acontecer equívocos por parte do poder investigatório, pois o ônus da prova da prática do ato ilícito funcional é do poder público, bem como da variação patrimonial incompatível com a renda do servidor público deve ser devidamente descrita e comprovada quando da investigação disciplinar ou no curso da ação de improbidade administrativa.

De início é de se registrar que a investigação deverá provar ou demonstrar que o agente público investigado auferiu alguma vantagem financeira ou patrimonial ilegítima, identificando o fato em toda a sua extensão, capaz de ensejar a desproporcionalidade entre a evolução patrimonial e a renda auferida pelo agente, no exercício do cargo público.

Não cabe mais a presunção, há de haver a certeza de que ocorreu a desproporcionalidade da renda ou do patrimônio constituído pelo agente, através de uma conduta extremamente grave, em face do estabelecido no art. 17, § 19, II, da Lei nº 8.429/92.

Essa demonstração da conduta extremamente grave do agente se faz necessária pelo fato da improbidade administrativa que dá ensejo à responsabilização correspondente materializar-se pelo desempenho da função do agente público, que no tipo infracional descrito no art. 9º, inc. VII, da Lei nº 8.429/92, deve ser precedida de ato marcadamente corrupto, desonesto, devasso, praticado de má-fé ou caracterizado pela “imoralidade qualificada” do agir. Isto porque para que seja caracterizado o ato como de improbidade administrativa é forçoso que se vislumbre ato de má-fé por parte do administrador, senão a ilegalidade se resolve apenas pela acumulação do ato que fere o ordenamento legal. A conduta ilegal só se torna ímproba se revestida também de má-fé do agente público, ainda mais quando se investiga a figura jurídica do enriquecimento ilícito.

Se a Administração Pública não consegue demonstrar uma irregularidade no serviço público, sendo seu dever indelegável tal atribuição, como demonstrar então que determinada conduta é ímproba sem ser precedida do dolo específico?

Não se julga por presunção, e muito menos se “intui” o dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa descrito no tipo do art. 9º, inc. VII, da Lei nº 8.429/92.



É dever do órgão de investigação demonstrar, de maneira irrefutável a existência do locupletamento ilícito do agente público, capaz de ensejar-lhe enriquecimento ilícito ou qualquer prova de evolução patrimonial incompatível com o cargo ocupado,<sup>34</sup> proveniente da utilização do cargo ou da função pública.

Se de um lado não se pode presumir como ímproba a variação patrimonial incompatível do agente público, de outro deve haver a demonstração da prática do ato funcional (conduta ímproba) que tenha gerado o possível enriquecimento ilícito em questão, capaz de gerar a desproporcionalidade da renda percebida e declarada ao fisco.

Ora, a subsunção da conduta do agente público não é somente a variação patrimonial incompatível com a renda auferida, visto que ela deverá ser subsumida em um ato ilícito praticado no exercício de cargo, mandato, emprego etc. E a necessidade a ato funcional ímprobo (conduta) retira a conclusão que algumas Comissões Disciplinares fazem, de contratar empresas especializadas em avaliação de bens para reavaliarem imóveis adquiridos pelo agente público no passado, tendo como parâmetro o valor do metro quadrado da época do negócio jurídico no intuito de, encontrando valor presumidamente discrepante com o declarado na escritura pública de compra e venda na visão do órgão disciplinar, e assim, presumir o enriquecimento ilícito, mesmo que desatrelado de ato funcional.

Essa postura de alguns órgãos fiscalizadores não se afigura como correta, porquanto o mercado imobiliário não se rege por tabelamento de preço; o preço do metro quadrado é meramente indicativo de um possível negócio jurídico, pois o que impera nesse tipo de avença é a oferta e a procura, e a necessidade do vendedor se desfazer do seu ativo, em face de suas necessidades prementes.

A escritura pública, lavrada no cartório público possui fé e presunção *juris tantum* de veracidade.

É certo que o art. 406 do NCPC estabelece:

“Quando a lei exigir instrumento público como da substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.”

Essa presunção *juris tantum* da escritura pública veio destacada no art. 405 do NCPC:

“O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença.”

A respeito, Antônio Carlos de Araújo Cintra leciona:<sup>35</sup>

“Como já se viu anteriormente, documento, no sentido genérico, é coisa representativa de um ato ou fato. E será público o documento escrito, elaborado por oficial público competente, segundo suas atribuições.

(...)

Assim, dizer que é vedado recusar fé aos documentos públicos é o mesmo que dizer que aqueles documentos e a escritura pública estão cobertos por presunção de veracidade. Mas é preciso esclarecer que se trata de presunção simples ou relativa, tendo por objeto a efetiva realização do ato jurídico a que se refere, bem como as circunstâncias de sua realização, tais como declaradas pelo escrivão, tabelião ou funcionário que for o seu autor material. Em outras palavras, entende-se que é, até prova em contrário, com o documento público se dá como comprovado que as partes nele referidas fizeram as declarações que por ele lhe são atribuídas pela forma ali descrita.”

No mesmo sentido é a jurisprudência:<sup>36</sup>

“As certidões emitidas pelos serventuários da justiça gozam de fé pública (presunção *juris tantum*), cuja veracidade somente pode ser afastada com robusta prova em contrário. Ônus do qual não se desincumbiu o impetrante.”

Em outro aresto,<sup>37</sup> se extrai:

“O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos do escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença.”

Não só deve ser destacado que as escrituras públicas possuem presunção *juris tantum* de veracidade, só podendo ser elidida através de ação judicial, onde ocorra declaração do Poder Judiciário que aquele ato jurídico é imperfeito, ilegal ou ilícito.

Jamais uma Comissão Disciplinar poderá elidir a veracidade de um documento público, a partir de realização de uma perícia de avaliação do valor do imóvel, pois neste tipo de negócio jurídico, a regra é a da oferta e da procura, como já dito alhures.

Para que o documento público, que possui fé, não seja considerado, ele deverá estar viciado através da demonstração de fraude, simulação, arдил ou a prática de qualquer ato ilícito.

Somente uma prova direta e concreta de que houve fraude na celebração do negócio jurídico é que, em tese, poderá abalar a credibilidade do que fora atestado pela escritura pública.

A Comissão Disciplinar não possui poderes para invalidar negócio jurídico por meros quantitativos apurados na verificação do metro quadrado do imóvel objeto da compra e venda. A diferença desproporcional do valor do metro quadrado de determinado bem adquirido pode ser indicativo de uma possível simulação de negócio jurídico, mas jamais será tida como prova direta de um possível arдил ou fraude. Para tanto é dever do poder público demonstrar, através de prova direta, de que a escritura foi lavrada com valor não correspondente ao efetivo negócio jurídico firmado entre as partes.

Além do mais, o negócio jurídico privado não se insere no rol de competência do poder disciplinar, se não ficar demonstrado que o agente público

utilizou-se de recursos ilícitos, ou praticou ato funcional que lhe possibilitou a aferição de recursos financeiros indevidos (corrupção), não há que se falar em ato ímprobo.

Somente através de ação anulatória de negócio jurídico e através de outra escritura pública é que seria, em tese, retirada a fé pública das escrituras dos imóveis, como decidido pelo STJ:<sup>38</sup>

“Civil. Escritura Pública. Fé Pública. A fé pública resultante da escritura lavrada em notas de tabelião cede ante os termos de outra, posterior, que lhe reconhece a falsidade ideológica.”

Para a descaracterização do negócio jurídico descrito na escritura pública de compra e venda de imóvel, terá que ser provado, para que a mesma perca a sua presunção de veracidade, que houve simulação, ardil ou fraude, capaz de ocultar a evolução de patrimônio, como já aduzido anteriormente.


Demonstrados, através de prova documental que o documento público (escritura) foi feito com valor inferior aos efetivamente praticados, a simulação e a fraude estarão presentes, devendo as partes responsáveis por tal ardil responder aos termos da presente lei. Exigir dos vendedores dos bens que as escrituras fossem lavradas com valores inferiores aos efetivamente praticados, com o nítido propósito de disfarçar o crescimento do patrimônio do comprador, já demonstra a prática de ato ilícito doloso e de má-fé.

Por seu turno, o critério utilizado nas investigações patrimoniais invade a competência da Receita Federal, como se demonstrará a seguir, furtando-se de estabelecer o parâmetro da conduta e do recebimento de vantagem ilícita.

Como grafado pela Des. Federal Mônica Nobre<sup>39</sup> no tipo de enriquecimento lícito a prática de improbidade administrativa depende da presença dos seguintes requisitos genéricos: recebimento da vantagem e a conduta daquele que ocupa cargo ou emprego, detém mandato, exerce função ou atividades nas entidades mencionadas no art. inaugural da Lei de Improbidade Administrativa.

## CONCLUSÃO

Após o advento da Lei nº 14.230/21, que alterou substancialmente a redação inicial da Lei nº 8.429/92, com nova redação para o art. 9º, inc. VII não resta dúvida que o enriquecimento ilícito do agente público não pode ser uma ficção, criada por suposições ou achismos. Da mesma forma, o art. 17, § 19, II, da Lei nº 8.429/92 impede que na ação de improbidade administrativa ocorra a inversão do ônus da prova ao acusado. Agora é dever do poder público provar, de forma inequívoca, a prática do ato de improbidade praticado pelo agente público, sendo defeso a inversão de valores, capaz de gerar para o investigado a produção de prova negativa, ou diabólica.

Deve partir da prática de um ato desonesto, comissivo ou omissivo, que demonstre uma desproporcionalidade excessiva no patrimônio ou na renda do agente público, para fins de subsunção no tipo descrito no inc. VII, do art. 9º da Lei nº 8.429/92. 

## NOTAS

- 1 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O Limite da Improbidade Administrativa. Comentários à Lei nº 8.429/92. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, ps. 27 e 28
- 2 Convertida na Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021 (DO de 26.10.2021).
- 3 BLANQUER, David. Curso de Derecho Administrativo, tomo II, El fin y los medios, teoría y práctica. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2006, p. 109
- 4 BUENO, Vera Scarpinella. In, BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo Rezende (Coord). Improbidade Administrativa, questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 390.
- 5 HARGER, Marcelo. Improbidade Administrativa – Comentários à Lei nº 8.429/92. São Paulo: Atlas, 2015, p. 17
- 6 ACCIOLY, João Pedro. Improbidade Administrativa e Proibição de Contratar com o Poder Público. Rio de Janeiro: Lunen Juris, 2017, p; 12
- 7 “Apelação. Improbidade administrativa. Indeferimento da inicial. Inexistência de atuar ímprobo. Não provimento. 1. Comprovada a inexistência de ato de improbidade administrativa, nos termos do que dispõe o §8º do art. 17 da LIA, se mostra imperiosa a rejeição da inicial. 2. A Lei 8.429/92 tem por finalidade alcançar a imoralidade qualificada e a grave desonestidade funcional, não se coadunando, pois, com a punição de meras irregularidades administrativas ou transgressões disciplinares, as quais possuem foro disciplinar adequado para processo e julgamento (REsp nº 1.089.911 – PE). 3. Não obstante a importância da Lei 8.429/92 para a defesa da moralidade administrativa, sua aplicação há de ser feita com cautela, de modo a impedir que sejam aplicadas suas pesadas sanções em face de erros toleráveis que não se apresentem como desvio ético ou imoralidade. 4. Apelo não provido.” (TJ/RO, Rel. Des. Gilberto Barbosa, Ap. 0004660-17.2015.8.22.0004, 1ª C. Especial, DO de 10.07.2017
- 8 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional Administrativo. São Paulo: Atlas, 2013, p. 320.
- 9 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. Direito Administrativo. 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2013, ps. 727/728).
- 10 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. 31.
- 11 STJ, Rel. Min. Herman Benjamin, REsp nº 1.666.307/MA, 2ª T., DJ de 19.12.2017.
- 12 STJ, Rel. Min. Sergio Kukina, AgInt no REsp nº 1475593/RJ, 1ª T., DJ de 30.05.2018.
- 13 Manifestação do Presidente da Comissão de Juristas, quando da apresentação do projeto elaborado pela citada Comissão.
- 14 ZARAFINI, Carlos. Relatório Final do Projeto de Lei nº 10.887/2018, em 18.05.21.
- 15 “Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente.”
- 16 STJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, MS nº 19782/DJ, 1ª S., DJ de 06.04.2016.
- 17 JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação temporária e a configuração de Ato de Improbidade, in Improbidade administrativa – Temas Atuais e Controvertidos. MARQUES, Mauro Campbell (Coord.), Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 192.
- 18 “AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Ação proposta visando à responsabilização do Prefeito à época dos fatos, que teria autorizado a indevida remuneração de servidor licenciado para concorrer a cargo eletivo. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO E VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – DOLO – Os atos de improbidade que importam em enriquecimento ilícito e atentam contra

os princípios da Administração Pública só admitem a forma dolosa – Precedentes do STJ – Elemento subjetivo do tipo não demonstrado. DANO AO ERÁRIO – Para a caracterização de ato de improbidade administrativa que importe em dano ao erário se faz necessária a prova do dano, embora prescindível a demonstração de dolo, uma vez que tal conduta admite a forma culposa – Dano não demonstrado – Dano não configurado. Sentença de improcedência da ação mantida. Recurso não provido.” (TJ/SP, Rel. Des. Leonel Costa, Ap. Cível nº 0004023-05.2014.8.26.0323, 8ª Câmara de Direito Público, DJ de 19.06.2017.

- 19 DECOMAIN, Pedro Roberto. Improbidade. São Paulo: Dialética, 2007, p. 84
- 20 TJ/SP, Rel. Des. Décio Notarangel, Ap. Cível nº 0073328-56.200.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Público, julgado em 14.06.2017.
- 21 STJ, Rel. Min. Laurita Vaz, RMS nº 16.264/GO, 5ª T., DJ de 21.05.2006, p. 339.
- 22 APELAÇÃO CÍVEL – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AGENTE PÚBLICO E TERCEIRO – ART. 9 E ART 11 DA LEI 8.429/92 – CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO CONFIGURADO – 1 – Diante da relação processual triangular havida, incumbe ao juiz como destinatário das provas do processo a análise daquelas que são úteis e/ou necessárias para a solução do litígio. 2 – Não há, na Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), previsão para litisconsórcio passivo necessário entre o suposto autor do ato de improbidade e eventuais beneficiários, 3 – Apesar da possibilidade de determinados atos de improbidade previstos na respectiva lei corresponderem também a crimes previstos na legislação penal e a infrações administrativas definidas nos Estatutos dos Servidores Públicos, e apesar de ser possível a instauração de processos concomitantemente nas esferas civil, administrativa e criminal, é em cada uma delas que haverá a apuração dos fatos, de forma independente. 4 – A configuração de ato de improbidade administrativa, conforme previsão dos arts. 9 e 11, Lei 8429/1992, requer a inequívoca presença do elemento subjetivo dolo por parte do agente. A improbidade administrativa é mais do que a mera ilegalidade, devendo ser qualificada pela má-fé. 5 – Inexiste vedação expressa na legislação que regula a matéria quanto à condenação por danos morais coletivos, devendo apenas ater-se à compatibilidade dos pedidos cumulados, tal como prevê o art. 327 do CPC. 6 – A vedação de condenação do Ministério Público ou entidades estatais em honorários advocatícios – salvo comprovada má-fé – impede que sejam beneficiados quando vencedores na ação civil pública. Precedentes STJ.” (TJMG, Rel. Des. Jair Varão, Ap. Cível nº 1.0775.16.000513-5/004, 3ª CC, DJ de 12.11.21).
- 23 Nesse sentido, entre outros, vejam-se: PAZZAGLINI FILHO, Marino, ROSA, Márcio Fernando Elias, FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. São Paulo: Atlas, 1998, p. 71; SARMENTO, George. Improbidade Administrativa. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 78; PRADO, Francisco Octávio de Almeida. Improbidade Administrativa. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 87; DECOMAIN, Paulo Roberto. Improbidade Administrativa. São Paulo: Dialética, 2008, p. 98; e 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. 218-219.
- 24 Nesse sentido, entre outros, confirmam-se MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Probidade Administrativa, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 234; GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa, 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 238. GUASQUE, Luiz Fabião. A responsabilidade da Lei de enriquecimento ilícito. São Paulo: RT, 1995, nº 712, p. 358-361. OSÓRIO, Fábio Medina. Improbidade Administrativa: observações sobre a Lei nº 8428/92). In Teses aprovadas no Congresso Nacional do Ministério Público, 1995-Belém. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 1995, p. 31-38 (Série Cadernos – Temas Institucionais); e ORTIZ, Carlos Alberto.

Improbidade Administrativa. Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, v. 28, p. 16.

- 25 “(..) III – O recorrente alega violação ao art. 333 do CPC/73 e aos arts.9º, VII e 12, I, ambos da Lei nº 8.429/92. sustenta, ainda, a ocorrência de dissídio jurisprudencial. IV – Não merece prosperar a alegada violação ao art. 333, I, do CPC/73 e ao art. 9º, VII, da Lei nº 8.429/92. V – Afinal, na ação de improbidade administrativa, cabe ao Ministério Público comprovar o acréscimo desproporcional do patrimônio do agente público, ao passo que recai sobre o réu o ônus de demonstrar que tal evolução patrimonial ocorreu de forma lícita. VI – Como bem apontado pelo Tribunal de origem: “[...] Ressaltou, também que, não se trata de inverter o ônus da prova, e, sim, da aplicação do disposto no art. 333, II, do CPC/1973, aplicável ao caso, por se tratar de sentença proferida antes da entrada em vigor do Novo CPC (fls. 316/321), ou seja, é o Apelante que possui o dever de comprovar a licitude da origem do patrimônio que amealhou, pois, como já asseverado, aqueles que exercem funções públicas, como no caso, devem sofrer rígido controle sobre bens, valores e transações realizadas, razão pela qual afasta-se a tese de que está sendo exigida prova considerada “diabólica; bem como foram colacionadas doutrina e jurisprudência acerca da questão. [...]”. VII – Esse é o entendimento consolidado neste Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema, como bem demonstram os seguintes precedentes: MS 19782/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 9/12/2015, DJe 6/4/2016; REsp 1602794/TO, Rel. Ministro Herman Benjamin, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/6/2017, DJE 30/6/2017. VIII – Quanto à alegada desproporcionalidade das sanções impostas ao recorrente, trata-se de matéria que exorbita o âmbito de cognoscibilidade do especial, na medida em que a sua análise não é possível sem o revolvimento fático-probatório, inadmissível à luz da orientação cristalizada no enunciado da Súmula 7/STJ. IX – Ademais, a multa acoiçada de desproporcional já foi reduzida pelo Tribunal de origem, mantidas as demais sanções porque não consideradas desproporcionais. X – Seguem os excertos do acórdão dos embargos de declaração que tratam do ponto (fls. 518-519): “ Com efeito, ainda que a multa civil possua natureza de sanção pecuniária, autônoma, aplicável com, ou sem, a ocorrência de prejuízo ao erário, quando houver a condenação por ofensa ao art. 9º, da LIA; no caso vertente, considerando-se o conjunto fático-probatório dos autos, penso que sua estipulação, na forma como constante na sentença, mostra-se excessiva, devendo ser reduzida para o equivalente a ¼ (um quarto) do acréscimo patrimonial incompatível, ou seja, de R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais), devidamente corrigido, por ser valor que melhor se adequa às peculiaridades do caso concreto, atendendo muito mais aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade”. (STJ, Rel. Min. Francisco Falcão, AgInt nº 146127/MT, DJ de 24.09.2019.
- 26 Assis Toledo, “Princípios básicos de direito penal, 5ª ed., SP, Saraiva, 1994, p. 219.
- 27 Id. p. 219.
- 28 STJ, Rel. Mi. Assusete Magalhães, AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 548.901/RJ, 2ª T., julgado em 16.02.2016. No mesmo sentido: STJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Ms nº 14.460/DF, 1ª S., DJ de 12.04.2014.
- 29 Art. 17, § 19, II, da Lei nº 8.429/92.
- 30 STJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, MS nº 20765/DF, 1ª S., DJ de 14.02.2017.
- 31 TOLOSA FILHO, Benedicto de. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.80-81.
- 32 “Administrativo. Recurso Especial. Improbidade Administrativa. Enriquecimento ilícito. Desproporcionalidade entre renda e patrimônio. Não comprovação. Recurso Especial improvido.” (STJ. Rel p/acórdão Min. Arnaldo Lima, REsp nº 1327.683/PR, 1ª T., julgado em 12.03.2013).



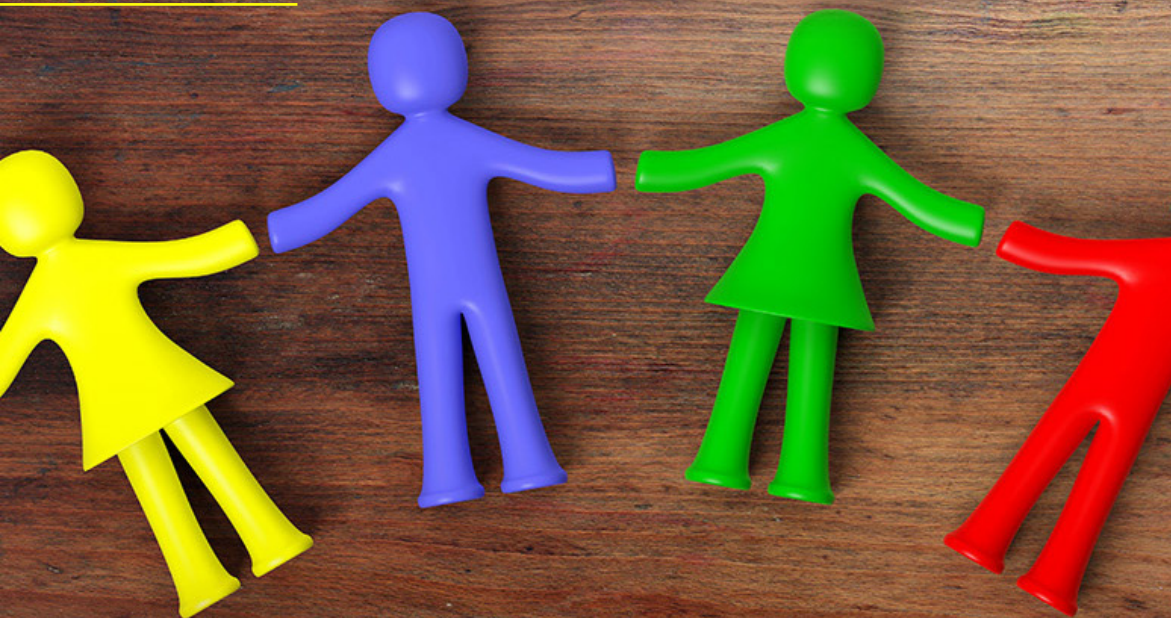
- 33 TRF – 1ª Reg., Rel. Des. Fed. Monica Sifuentes, Ap. Cível nº 2007.34.00.044645-3/DF, 3ª T., DJ de 11.02.2015.
- 34 Decerto, não foge à razoabilidade supor que o réu, ao executar as condutas em apreço, auferisse alguma vantagem financeira ilegítima. No entanto, embora o parquet tenha sustentado em sua petição inicial a existência do locupletamento ilícito do ex-servidor, não trouxe aos autos qualquer prova de evolução patrimonial incompatível com o cargo então ocupado, limitando-se a citar dispositivos legais da Lei 8.429/92 referentes a enriquecimento ilícito. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), “em matéria de enriquecimento ilícito, cabe à Administração comprovar o incremento patrimonial significativo e incompatível com as fontes de renda do servidor. Por outro lado, é do servidor acusado o ônus da prova no sentido de demonstrar a licitude da evolução patrimonial constatada pela administração, sob pena de configuração de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito” (STJ, 1ª Seção, MS 19.782, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJE 06.04.2016; STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 548901, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, DJE 23.02.2016). Daí que, à míngua de prova nos autos em tal sentido, afigura-se correta a linha decisória adotada pela sentença quanto à não verificação de locupletamento ilícito do réu. No que concerne aos danos morais, discorreu o MPF que os prejuízos acarretados à Previdência Social por força dos atos do réu transcendem a mera esfera patrimonial, uma vez que atingiram a credibilidade do INSS e a moralidade de seus servidores. Ressaltou que, ao lesar os cofres da autarquia previdenciária, que custeia um dos pilares da Seguridade Social, o réu acabou por atingir toda a coletividade, causando prejuízo moral de natureza difusa. A sentença impugnada, em contrapartida, entendeu por não demonstrado que a conduta do réu tenha afetado o conceito/imagem da autarquia perante o público.” (TRF – 2ª Reg. Rel. Des. Fed. Ricardo Perlingeiro, Remessa ex officio no 2010.51.01. 009840-1, 5ª Turma Especializada, julgado em 1.06.2016).
- 35 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Comentários ao Código de Processo Civil, arts. 332 a 475. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 99/100.
- 36 STJ, Rel. Min. Jorge Mussi, HC n.º 114.836/BA, 5ª T., DJ de 7.06.2010.
- 37 TJ/SC, Rel. Des. Saul Steil, Apelação Cível n.º 2010.074262-8, 3ª CC, julgado em 12.04.2011.
- 38 STJ, Rel. Min. Ari Pargendler, REsp nº 813491/PR, 3ª T., DJ de 8.02.2008, p. 1.
- 39 “CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADA. AQUISIÇÃO DE PATRIMÔNIO DESPROPORCIONAL À RENDA. INCIDÊNCIA DOS arts. 9º, I, V e VII, 11, CAPUT, E 12, I E III, TODOS, DA LEI Nº 8.429/92. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS CIVIL, PENAL E ADMINISTRATIVA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEVIDOS PARA A UNIÃO FEDERAL. – Embora a Lei nº 7.347/85 silencie a respeito, a r. sentença deverá ser submetida ao reexame necessário (interpretação analógica do art. 19 da Lei nº 4.717/65), conforme entendimento da 4ª Turma deste Tribunal e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. – Quanto ao cerceamento de defesa, o magistrado, no uso de suas atribuições, deverá estabelecer a produção de provas que sejam importantes e necessárias ao deslinde da causa, é dizer, diante do caso concreto, deverá proceder à instrução probatória somente se ar convencido da prestabilidade da prova. Ademais, os documentos que instruem a inicial são suficientes para demonstrar fatos apontados na inicial. – O Ministério Público Federal ajuizou a presente ação civil pública em face de Agente da Polícia Federal, por atos de improbidade administrativa. Segundo a inicial, o réu (agente da polícia federal) recebeu ilícitas vantagens financeiras e patrimoniais de Francisco de Cesare (chefe de tráfico de drogas), ocasionando sua evolução patrimonial desproporcional. A

comprovação de acréscimo patrimonial a descoberto adviria de sinais de riqueza no montante de R\$ 84.576,94 (oitenta e quatro mil, quinhentos e setenta e seis reais e noventa e quatro centavos), já que esta soma não fora declarada nos rendimentos do réu, quando da prestação de suas informações anuais de ajuste de rendas. Além disso, o Ministério Público afirma que o réu sofreu outras medidas administrativas e judiciais (corrupção no aeroporto de Congonhas/SP, afastamento do serviço por necessidade médica quando na verdade estaria trabalhando como segurança de criminosos, viagens ao exterior às expensas de criminosos para os quais trabalhava, lavagem de dinheiro e introdução de valores no país sem os devidos registros). Segundo o Órgão Ministerial, os atos cometidos pelo Agente da Polícia Federal estão disciplinados na Lei de Improbidade, em especial, nos arts. 9º, I, V e VII, 11 e 12, todos, da Lei nº 8.429/92. – No caso do art. 9, da Lei nº 8.429/92, a configuração da prática de improbidade administrativa depende da presença dos seguintes requisitos genéricos: recebimento de vantagem indevida (independente de prejuízo ao erário); conduta dolosa por parte do agente ou do terceiro; e nexa causal ou etiológico entre o recebimento da vantagem e a conduta daquele que ocupa cargo ou emprego, detém mandato, exerce função ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º da Lei de improbidade administrativa. – Já no art. 11, da referida lei, o pressuposto essencial para configuração do ato de improbidade é a violação aos princípios da Administração Pública, independente do enriquecimento ilícito ou de lesão ao erário. A violação aos princípios deve ser conjugada com a comprovação do dolo do agente e o nexa de causalidade entre ação/omissão e a respectiva ofensa ao princípio aplicável à Administração. – Após análise do conjunto probatório, não há nenhuma dúvida de que as denúncias feitas contra o réu são verídicas. Ficou caracterizada a prática de atos de improbidade administrativa previstos nos arts. 9º, I, V e VII, e 11, caput, ambos, da Lei nº 8.429/92. – Em razão da independência que existe entre as esferas civil, penal e administrativa, expressamente prevista no caput do art. 12 da Lei nº 8.429/92, não procede a alegação de que esta decisão deve esperar o desfecho de ações que correm em âmbito diverso. – Com relação à procedência do pedido formulado pelo apelante nos autos de ação anulatória para declarar nulo processo administrativo fiscal, o qual apurava o ilícito tributário decorrente da variação patrimonial verificada pela Receita Federal, é necessário ressaltar que tal decisão embasou-se em vício formal no procedimento fiscal, relacionado à citação do acusado, o que obviamente não traz qualquer influência para os fatos retratados na presente demanda. – No que tange aos consectários, em face do princípio da causalidade, correta a imposição do pagamento de honorários advocatícios em favor da União. No caso concreto, considerando o valor da causa, o trabalho desenvolvido, a natureza da ação e o tempo de tramitação do feito, fixo os honorários advocatícios em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). – A determinação de sigilo compatível com o feito é a de sigilo de documentos. Quanto à fase processual e os demais atos, impera o princípio da publicidade. Portanto, mantenho o sigilo no feito, mas na espécie sigilo de documentos. – Agravo retido e apelação do réu improvidos. Recurso da UNIÃO provido. Sigilo do feito mantido somente na espécie sigilo de documentos.” (TRF – 3ª Reg., Rel. Des. Fed. Mônica Nobre, Ap. Cível nº 1962262, 4ª T., DJ de 16.02.2017).



**MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS** é Advogado no Rio de Janeiro – RJ 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.





# Proteção internacional dos Direitos Humanos e relativização do princípio da soberania

■ POR LUIS FELIPE PIRES ALVES

**“O terceiro milênio apresenta o desafio de romper sólidas barreiras culturais, ideológicas, econômicas e técnicas, com o objetivo de se criar “zonas de convergência” quanto aos direitos essenciais à dignidade humana.”**

## GÊNESE E DESENVOLVIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS

**O** que se convencionou chamar direitos humanos são pura e simplesmente as prerrogativas decorrentes da dignidade de existirmos como pessoas humanas. São elementos inatos, próprios da nossa condição humana, fundamentos de existência conforme nossa dignidade. Possuem inegável caráter natural, enquanto inerentes à natureza de cada ser humano, representando um conjunto de valores éticos, universais e mínimos, e que pairam acima dos ordenamentos jurídicos. Por óbvio, encontram-se hoje positivados na maioria dos países, como resultado de um longo processo histórico, político e social realizado ao longo de séculos.

Os direitos humanos são consequência da constatação de uma moralidade jurídica ou mínimo ético indispensável, que não se condiciona ou depende de variações culturais (embora possa levá-las em consideração), nem se sujeita a validações particulares ou grupais. Representam, pois, um imperativo universal, o reconhecimento de reciprocidades indispensáveis para a livre manifestação do gênero humano.

O arcabouço do sistema internacional de Direitos Humanos é, assim, decorrência do progressivo acolhimento e recepção, pelos diversos ordenamentos jurídicos nacionais, de uma gama de direitos, liberdades e deveres fundamentais que, com a evolução do pensamento, se tornaram cada vez mais abrangentes e universais, muitas vezes em resposta a momentos de crise histórica.

Pode-se identificar, como seu ponto de partida, a Magna Carta de 1215, celebrada entre o Rei João Sem Terra e os bispos e barões da Inglaterra, a qual estabeleceu uma referência de direitos e liberdades clássicos, como o habeas corpus, o devido processo legal e a garantia da propriedade.

Séculos mais tarde, a *Petition of Rights*, de 1628, e a *Bill of Rights*, de 1689, fruto da Revolução Gloriosa, surgiram para estabelecer limites ao poder monárquico inglês, afirmando o papel do Parlamento.

Contudo, foi em 1776, com a Declaração do Povo da Virgínia, em face da Revolução Americana, que nasceram os direitos humanos na história, segundo Fábio Konder Comparato (Comparato, 2001, p. 44).

Em 1789, a Revolução Francesa derrubou a monarquia absolutista e instituiu a República Francesa, alicerçada na Declaração do Homem e do Cidadão, afirmando ideais de liberdade e igualdade, proclamando direitos e garantias. A Constituição Francesa de 1791 foi o primeiro documento de positivação constitucional dos direitos humanos.

Inicializou-se a internacionalização dos direitos humanos através da Liga das Nações, em resposta às graves repercussões da 1ª Guerra Mundial, que só viria a se universalizar após os traumas quase irreparáveis da 2ª Guerra Mundial, em resposta às atrocidades do nazismo. Somente a partir das duas grandes guerras a comunidade internacional tomou consciência, de modo irreversível e definitivo, da extrema necessidade de garantir a toda a humanidade a proteção de um núcleo de direitos fundamentais e inalienáveis. Essa nova ordem internacional ganhou corpo através da assinatura da Carta das Nações Unidas, de 1945, e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, afirmativa de que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, nas palavras de Flávia Piovesan (2013, p. 13), uma “unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, na qual os valores da igualdade e liberdade se conjugam e se completam.”

Com efeito, foi através da Carta das Nações Unidas que os povos exprimiram a sua determinação “em preservar as gerações futuras do flagelo da guerra; proclamar a fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e valor da pessoa humana, na igualdade de direitos entre homens e mulheres, assim como das nações, grande e pequenas; em promover o progresso social e instaurar melhores condições de vida numa maior liberdade”.



Assim, no contexto contemporâneo, a proteção dos direitos humanos ganhou contornos de essencialidade para a convivência dos povos, estabelecendo-se uma agenda comum mundial.

Após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, dois importantes pactos foram celebrados: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1976. A esse conjunto normativo denominou-se Carta Internacional dos Direitos Humanos. Em sua esteira, inúmeros tratados internacionais de direitos humanos estabeleceram um sistema global de proteção, no âmbito das Nações Unidas, que se pode apelidar Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Portanto, pode-se afirmar que o atual estágio de desenvolvimento da humanidade contém um imperativo de direitos humanos universais, ou seja, em âmbito mundial, garantindo a todas as pessoas uma esfera comum de proteções fundamentais.

## MULTICULTURALISMO E CRÍTICAS AOS DIREITOS HUMANOS

Por multiculturalismo entende-se o conjunto de teorias segundo as quais os direitos humanos não poderiam ser um conjunto de regras único, monolítico, imposto pelo pensamento hegemônico ocidental, capitalista, pregando uma suposta coexistência harmônica de diferentes formas culturais e respectivos tratamentos acerca da ideia de dignidade humana.

Para Boaventura de Souza Santos (2003, p. 445), o multiculturalismo é uma visão de mundo não eurocêntrica, que buscaria assegurar o respeito a culturas marginalizadas ou excluídas da modernidade ocidental. Esse respeito, porém, não significaria necessariamente uma incorporação ou mescla cultural, mas uma abertura ao diálogo. Nesse sentido, Boaventura de Souza Santos vê os direitos humanos como uma “constelação de ideias distintas de dignidade humana”.

Contudo, há uma nítida tendência do pensamento multiculturalista de, para além de entender legítimas as discordâncias sobre os direitos humanos, enxergar o conteúdo clássico dos direitos humanos como uma imposição de valores culturais. Note-se, por exemplo a concepção do *dharma* indiano em face da cultura ocidental individualista. Se, por um lado, o ocidente observa o *dharma* como uma falta de preocupação com a liberdade individual e a autonomia (dado que na cultura hinduísta a posição de um indivíduo na sociedade, suas prerrogativas e potencialidades são quase sempre enxergadas sob o prisma da noção de destino), para a cultura indiana o individualismo focado pelos direitos humanos clássicos falha em conectar as partes e o todo, esquece-se dos deveres em favor dos direitos.

Mais complexa é a tentativa de conciliar a *sharia* dos muçulmanos e os direitos humanos. O problema é que a *sharia* não reconhece os não muçulmanos como cidadãos, violando um pressuposto básico da dignidade humana. Como harmonizar tais valores? Para os multiculturalistas, a solução teria que partir da própria cultura muçulmana, via interpretação das suas escrituras sagradas.

Da mesma forma, no caso da Índia, buscar-se-ia encontrar argumentos presentes nas próprias visões de mundo dos hindus. A defesa dos intocáveis, por exemplo, estaria baseada numa releitura do *dharma* como “*dharma* comum”, ao invés de um “*dharma* especial”.

O grande problema que se apresenta na raiz do multiculturalismo é a forte tendência ao relativismo cultural que inviabiliza qualquer discurso sobre ética ou tolerância entre os grupos conflitantes. O multiculturalismo acaba servindo ao discurso que mantém a opressão de minorias, a segregação e o fechamento cultural. Não parece razoável, por exemplo, que culturas indígenas continuem a praticar infanticídio simplesmente por serem encaradas como uma alternativa válida a um padrão cultural dito “europeu” de direitos humanos.

Na realidade, ganha contornos de sofisma a ideia de que as diferenças culturais não poderiam ser comparadas cientificamente, haja vista a aparente impossibilidade de alguém julgar as culturas alheias com base na sua própria cultura. No entanto, o relativismo cultural não resiste à constatação de que existe um fenômeno intrínseco a todas as sociedades, de evolução cultural tendente à vida solidária. Nisto reside a diferença entre o multiculturalismo e uma abordagem pragmática dos direitos humanos, segundo a qual estes podem ser defendidos como pautas para educação cultural. Trata-se de persuadir uma determinada comunidade de pessoas que entendem natural agirem de certa maneira a agirem respeitando e incluindo seus semelhantes. Isso significa que, mesmo que se concluísse que os direitos humanos não seriam universais, não haveria em função disso que se concluir que não pudessem ser universalizados, de forma genuína e progressiva.

Desse modo, permanece válida a abordagem dos direitos humanos como balizas moralmente superiores, de um mínimo ético humano promotor da inclusão de todos quantos se achem desprotegidos e vulneráveis dentro de quaisquer grupos ou culturas.

Ademais, a crítica de que os direitos humanos representam somente um ponto de vista de uma cultura ocidental pode ser rebatida. Em primeiro lugar, não está provado que os direitos humanos sejam produto exclusivo de uma cultura ocidental ou algo incompatível com as demais culturas. É bem verdade que uma boa parcela dos direitos humanos guarda relação com liberdades individuais, o que parece ser típico de uma sociedade individualista, mas não podemos esquecer dos vários direitos que acentuam uma vida solidária.

### INTERVENÇÃO EM DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS

Conforme exposto, é clara a universalidade dos direitos humanos.

Porém, o que exsurge, na prática, é a dificuldade de garantir sua efetividade no plano internacional, uma vez que os Estados muitas vezes se escudam numa noção superficial de soberania para afastar-se da responsabilização por atos atentatórios à dignidade humana.

Em face disso, apresenta-se a solução das intervenções humanitárias, compreendidas como ações praticadas pela Organização das Nações Unidas para conter violações a direitos fundamentais promovidas por um Estado contra sua



própria população, seja por intermédio do uso da força militar, seja por intermédio de sanções de natureza diversa, em especial embargos econômicos. Tais ações, fundamentadas no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, que trata da ameaça à paz e à segurança internacionais, somente podem ser praticadas por decisão do Conselho de Segurança, órgão competente para determinar medidas coercitivas contra um Estado.

O marco histórico determinante da proteção internacional dos direitos humanos foi o fim da bipolarização ideológica, econômica e política do mundo (“Guerra Fria”), no fim da década de 1980, com a falência do modelo de assistências humanitárias baseadas no pleno consentimento dos Estados em cujos territórios cada ação tivesse que se desenvolver. Noções mais amplas de legitimidade e legalidade da intervenção humanitária foram ganhando corpo paulatinamente, até se tornarem objeto de discussões no âmbito da 54ª Assembleia Geral da ONU, em 1999.

Com efeito, a maior importância dos direitos humanos na ordem internacional converteu a percepção acerca da intervenção humanitária, de um dever moral daqueles que possuiriam meios militares e/ou econômicos de exercer coerção, em uma verdadeira prerrogativa das vítimas de quaisquer formas de opressão.

Contudo, resiste uma controvérsia acerca dos limites da soberania dos Estados membros. Poderiam considerações relativas à soberania representar impedimento a um efetivo auxílio a pessoas ou grupos? Ações internacionais empreendidas com o objetivo de salvar pessoas dentro das fronteiras de seus próprios Estados, cujos governos sejam opressores, despertam oposição severa dos partidários da soberania estatal e da não interferência nos assuntos internos dos Estados. De outra parte, a inação da ONU com relação a regimes repressores, provoca duras críticas dos defensores dos direitos humanos: haveria quase uma apatia ou indiferença da comunidade internacional diante de tremendas atrocidades cometidas por governos autoritários.

Segundo uma concepção Westphaliana que ainda hoje perpassa as relações entre os Estados, a soberania é tratada, a princípio, como um valor absoluto, dado que a partir dela os Estados tenderam historicamente, em ampla maioria das vezes, a posições de estabilidade. Contudo, existe atualmente um amplo debate acerca desse caráter absoluto do conceito, em face da corrente doutrinária segundo a qual somente será possível obrigar os Estados a respeitarem as normas internacionais de direitos humanos mediante modulações ao princípio da soberania, de tal modo que seus governos não tenham poderes ilimitados no trato com suas populações, classes, castas e/ou grupos.

Desse modo, intervenções humanitárias, uma vez levadas a efeito com o respaldo da comunidade internacional, implicariam, para uma corrente, verdadeira relativização da soberania dos Estados, em face da prioritária defesa dos direitos humanos. Ou seja, a soberania encontrar-se-ia configurada ao legítimo interesse internacional. Segundo Rogério Tairar (2009, p. 253):

“Um Estado que não realiza a dignidade humana não exercita a sua soberania. A soberania, então, é relativa, não somente em decorrência da inter-

nacionalização dos direitos humanos, mas também porque nunca existiu uma soberania absoluta, simplesmente em razão de que o ser humano, sociável por natureza e vivendo em sociedade, submete-se a regras de conduta, instituídas para dirimir conflitos e promover a paz social, isto é, convencionou-se ceder parte de sua liberdade em benefício da convivência social”.

Outra corrente entende ser a soberania absoluta e ilimitada, o que não leva necessariamente à defesa de um princípio inarredável de não intervenção. Ocorre que o sistema de proteção internacional dos direitos humanos pelas Nações Unidas somente entra em ação quando falha o Estado no seu dever originário de zelar pela dignidade dos seus cidadãos, assumindo, portanto, uma natureza subsidiária ou complementar. Além disso, ao aderir a um sistema protetivo internacional, via convenções ou tratados, o Estado não abdica ou limita sua soberania, antes a exercer plenamente. Em outras palavras, não há ofensa ao princípio da soberania, tampouco violação ao princípio da não intervenção, vez que a própria ratificação de convenções ou tratados de proteção internacional aos direitos humanos é um ato soberano de aquiescência com eventuais medidas de salvaguarda no âmbito das Nações Unidas. Esse é o entendimento de André de Carvalho Ramos (2005, p. 77-78):


“(...) a proteção dos direitos humanos integra o contemporâneo direito internacional. Assim, com as sucessivas convenções e declarações internacionais de proteção aos direitos humanos, a positivação e a universalização destes direitos são reconhecidas simultaneamente para toda a humanidade. Consolidou-se, no direito internacional contemporâneo, um catálogo de direitos fundamentais da pessoa humana, e também foram estabelecidos mecanismos de supervisão e controle de respeito, pelo Estado, desses mesmos direitos protegidos. Portanto, não é mais cabível hoje que um Estado alegue na defesa de suas condutas violatórias de direitos humanos, que a proteção dos direitos humanos faz parte de seu domínio reservado, e que eventual averiguação internacional da situação interna de direitos humanos ofenderia as soberanias. Com efeito, a crescente aceitação de obrigações internacionais no campo dos direitos humanos consagrou a impossibilidade de se alegar competência nacional exclusiva em tais matérias.”

Não obstante, em qualquer caso, não pairam dúvidas acerca da legitimidade das intervenções internacionais em prol da defesa dos direitos humanos, seja em face da relativização das soberanias estatais, seja em virtude da pleni-ficação dessas mesmas soberanias na ordem internacional contemporânea, em cujo centro motor está a promoção da dignidade de todas as pessoas, sem quaisquer limites em função dos territórios em que habitem.

## CONCLUSÃO

Compreende-se que o multiculturalismo tem fundamentação democrática e perfeita sintonia com as noções de respeito pela diversidade étnica, religiosa

e cultural e de reconhecimento e inclusão das minorias. Isso está em perfeita concordância com os princípios de dignidade humana. Contudo, para que guarde plena coerência com essa mesma dignidade que pretende construir, deve admitir algum grau de idealismo esclarecedor e educativo dos diversos grupos e culturas, no sentido de identificar e superar práticas e costumes arraigados de violência e opressão. A dignidade humana não pode ser violada sob o argumento da preservação da cultura, posto que esta está a serviço daquela e não o contrário. Na lição de Emerson Garcia (2005, p. 48), o terceiro milênio apresenta o desafio de romper sólidas barreiras culturais, ideológicas, econômicas e técnicas, com o objetivo de se criar “zonas de convergência” quanto aos direitos essenciais à dignidade humana.

Além disso, o presente estudo permite concluir que, tomando por base que a defesa dos direitos humanos consiste no objetivo precípua da ordem internacional contemporânea, não pode subsistir a tese de que o exercício da soberania pelos Estados acarretaria a não proteção dos indivíduos. Isso significaria contradizer a própria noção de Estado Democrático de Direito e retornar a um absolutismo estatal inteiramente contrário aos valores insculpidos na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Assim, não existe antagonismo entre soberania e defesa do Direito Internacional dos Direitos Humanos, tratando-se de institutos que se reafirmam e se completam mutuamente. 

## REFERÊNCIAS

- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DRILARD, Ariane Fernandes. *Conflitos decorrentes da proteção internacional dos direitos humanos frente ao multiculturalismo e o princípio da soberania*. Três Rios, 2015 Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://itr.ufrj.br/biblioteca/wp-content/uploads/2017/10/T196.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2022.
- GARCIA, Emerson. *Proteção internacional dos direitos humanos: breves reflexões sobre os sistemas convencional e não-convencional*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2005.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- ROSAS, Gustavo Ludwig Ribeiro. *Legalidade da intervenção humanitária*. Disponível em: <http://re.granbery.edu.br/artigos/MjA0.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2022.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- TAIAR, Rogério. *Direito internacional dos direitos humanos, uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.



**LUIS FELIPE PIRES ALVES** é Mestrando em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade de Direito Milton Campos. Advogado.



## Os 33 anos da Lei Caó

■ POR RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

**“É urgente também entender que “face ao racismo, não há compromisso possível. Não há tolerância possível. Só há uma resposta: a tolerância zero. Esta resposta pode parecer radical, mas é a única resposta concebível se quisermos adotar, em relação a este problema, uma atitude coerente e eficaz.”**

**D**ia 05 de janeiro de 2022 fez 33 anos que foi promulgada pelo ex-presidente da República José Sarney, a Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989, que, inicialmente (na sua redação original), definia apenas os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. A lei foi publicada no Diário Oficial da União do dia seguinte ao da promulgação, tendo sido posteriormente alterada pela Lei nº 9.459, de 15 de maio de 1997, estabelecendo-se, doravante, que seriam punidos também, na forma da lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Entre os crimes previstos na lei, consta o fato de impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos; negar ou obstar emprego em empresa privada; recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador; recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau; impedir o acesso ou recusar hospedagem em hotel, pensão, estalagem, ou qualquer estabelecimento similar; em restaurantes, bares, confeitarias, ou locais semelhantes abertos ao público; estabelecimentos esportivos, casas de diversões, ou clubes sociais abertos ao

público, salões de cabeleireiros, barbearias, termas ou casas de massagem ou estabelecimento com as mesmas finalidades; entradas sociais em edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou escada de acesso aos mesmos; transportes públicos, como aviões, navios, barcas, barcos, ônibus, trens, metrô ou qualquer outro meio de transporte concedido.

Também constitui crime imprescritível e inafiançável impedir ou obstar o acesso de alguém ao serviço em qualquer ramo das Forças Armadas; o casamento ou convivência familiar e social; induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional; fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo.

Caso o autor do delito seja servidor público, a condenação criminal poderá acarretar também a perda do cargo ou função pública, desde que motivadamente declarada na sentença.

Antes da promulgação dessa lei, as práticas resultantes do preconceito racial eram tidas como simples contravenções penais, nos termos da Lei nº 7.437, de 20 de dezembro de 1985, que havia dado nova redação à Lei Afonso Arinos (de 1951), que também tratava como contravenção penal a discriminação racial.

A lei – conhecida como Lei Caó – resultou da aprovação pelo Congresso Nacional do Projeto de Lei nº 52, apresentado em 1988, pelo jornalista e ex-deputado federal Carlos Alberto Oliveira dos Santos, o Caó.

Caó foi, sobretudo, um importante militante do movimento negro brasileiro, tendo participado, inclusive, da Assembleia Nacional Constituinte; é dele a redação do inciso XLII do art. 5º da Constituição Federal, que torna a prática de racismo crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão.<sup>1</sup>

Nascido em Salvador, em 1941, filho de uma costureira e de um marceneiro, Caó foi “uma importante liderança parlamentar, e ainda bem jovem participava em Salvador de associações de moradores e da campanha nacionalista, na segunda metade dos anos 1950, chamada ‘O Petróleo é Nosso.’”<sup>2</sup>

Formado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (e também pela Universidade Federal do Rio de Janeiro), atuou como jornalista em diversos periódicos e fundou, em 1974, a Associação dos Jornalistas Especializados em Economia e Finanças (AJEF), tendo sido também dirigente do Sindicato dos Jornalistas Profissionais do Rio de Janeiro.

Participante da militância estudantil, integrando a UNE, foi filiado ao Partido Comunista (o seu nome de guerra era Betinho), quando “caiu nas garras do regime militar, que o condenou à prisão em 1970.”<sup>3</sup> Na vida político-partidária, Caó foi deputado federal em 1982 pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), licenciando-se do mandato para assumir o cargo de secretário do Trabalho e da Habitação, no governo de Leonel Brizola; nessa função pública, destacou-se “na regularização fundiária das periferias e favelas.”<sup>4</sup>

Em 1986 foi eleito deputado constituinte e reeleito deputado federal em 1989, tendo falecido em 2018, “sem que a imprensa fizesse muito alarde, nada obstante ser um dos poucos cidadãos brasileiros que têm no seu currículo a proeza de serem autores de uma lei dessa importância e que leva o nome próprio.”<sup>5</sup>

Caó, como um jurista negro, “estava preocupado em utilizar o direito para promover a integração de grupos marginalizados, afastando-se do legalismo jurídico que leva à desconsideração do contexto social e histórico no qual as pessoas estão inseridas. Recusava a ideia de que o direito contém todos os elementos necessários para a interpretação das normas jurídicas e as interpretava de maneira distinta daqueles que utilizavam essa perspectiva. A vasta maioria dos membros do judiciário são homens brancos heterossexuais de classe alta, que nunca sofreram qualquer tipo de discriminação na vida, e partem do pressuposto que todas as pessoas possuem a mesma experiência social, razão pela qual podem interpretar o direito apenas a partir de sua lógica interna.”<sup>6</sup>

A data, portanto, deve ser comemorada e deve ser também lembrado, como uma homenagem, o autor do projeto de lei, um ícone na luta contra o racismo, a causa determinante de uma infindável série de iniquidades que, ao longo da história do Brasil, atinge esta gente riquíssima, dentre outras coisas, por sua capacidade incrível de resistência e sua extraordinária inteligência e abundância cultural, nada obstante se saber “que desde o início da colonização, as culturas africanas, chegadas nos navios negreiros, foram mantidas num verdadeiro estado de sítio.”<sup>7</sup>

O Brasil, longe de se tratar de uma suposta e falsa (e mesmo hipócrita!) “democracia racial” (como costumam dizer alguns acadêmicos, ora mesmo racistas, ora ignorantes de nossa realidade e de nossa história), é um lugar onde o racismo está entranhado social, estrutural e institucionalmente, fato que (talvez) explique uma conivente apatia integrante de um lado sombrio que permeia a nossa elite econômica, social, acadêmica, política e jurídica, que aceita a normalização de uma violência específica e reiterada, como se fosse algo necessário para uma efetiva política pública de segurança pública, ou uma decorrência inevitável da pobreza que também assola principalmente a população negra no Brasil, desde sempre alijada da riqueza aqui produzida.

É preciso estar atento e saber que “as lutas mais longas e mais cruentas que se travaram no Brasil foram a resistência indígena secular e a luta dos negros contra a escravidão, que duraram os séculos do escravismo. Tendo início quando começou o tráfico, só se encerrou com a abolição.”<sup>8</sup>

É urgente também entender que “face ao racismo, não há compromisso possível. Não há tolerância possível. Só há uma resposta: a tolerância zero. Esta resposta pode parecer radical, mas é a única resposta concebível se quisermos adotar, em relação a este problema, uma atitude coerente e eficaz.”<sup>9</sup>

Por isso, é necessário, apesar dos “deslumbramentos ocidentais”, saber-se negro, e sendo um negro, “cada vez mais negro, não ficar mudo diante desse deslumbramento.”<sup>10</sup>

No Brasil – antes e depois da escravização a que foram sujeitados homens, mulheres e crianças (a maioria sequestrada do continente africano) – o massacre do povo negro sempre foi uma realidade com a qual se convive, e se habitua ainda hoje, numa odiosa e farisaica complacência dos brancos em geral, que se alvoroçam todos em uníssono quando um dos seus é morto, e se compraz covardemente quando um dos outros é a vítima.<sup>11</sup>

Viva Caó! 



## NOTAS

- 1 Lembra-se que 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 (previsto no Código Penal), 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 Supremo (HC 82424).” Para ele, “a atribuição de valor negativo ao indivíduo em razão de sua raça cria as condições ideológicas e culturais para a instituição e a manutenção da subordinação, tão necessária para o bloqueio de acessos que edificam o racismo estrutural, ampliando também o fardo desse manifesto atraso civilizatório e torna ainda mais difícil a já hercúlea tarefa de cicatrizar as feridas abertas pela escravidão para que se construa um país de fato à altura do projeto constitucional nesse aspecto.” Apesar de tardia, foi acertada a decisão da Suprema Corte, pois, indubitavelmente, quem ofende a honra de alguém utilizando-se de elementos referentes à raça, à cor ou à etnia pratica, sem dúvidas!, racismo, tratando-se de uma conduta extremamente reprovável sob todo e qualquer aspecto.
- 2 GOMES, Flávio dos Santos, LAURIANO, Jaime e SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Enciclopédia Negra*. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, pp. 104 – 105.
- 3 *Idem*, p. 104.
- 4 *Idem*, p. 105.
- 5 *Idem*, p. 105.
- 6 MOREIRA, Adilson José. “Pensar como um negro significa defender uma forma específica de interpretar a Constituição”. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/pensar-como-um-negro-significa-defender-uma-forma-especifica-de-interpretar-a-constituicao/>. Acesso em 08 de novembro de 2021. Para conhecer melhor o pensamento desse grande jurista brasileiro, veja-se a obra “Pensando como um negro – Ensaio de hermenêutica jurídica”, publicado em 2019, pela Editora Contracorrente (São Paulo).
- 7 NASCIMENTO, Abdias. *O Genocídio do Negro Brasileiro – Processo de um Racismo Mascarado*. São Paulo: Perspectivas, 2016, p. 123.
- 8 RIBEIRO, Darcy. *O Povo Brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras: 2006, p. 202.
- 9 DELACAMPAGNE, Christian. *História da Escravidão – Da Antiguidade aos nossos dias*. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 2013, p. 222.
- 10 CAMARGO, Oswaldo de. *O Negro Escrito – Apontamentos sobre a presença do negro na Literatura Brasileira*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1987, p. 9.
- 11 Quando se visita, por exemplo, o Museu Imperial de Petrópolis, e se admira a coroa de D. Pedro II, não se pensa que aqueles 639 minúsculos diamantes que a adornam foram garimpados por pessoas escravizadas em Minas Gerais e outras regiões do Brasil (GOMES, Laurentino. *Escravidão – Volume I – Do primeiro leilão de cativos em Portugal até a morte de Zumbi dos Palmares*. Rio de Janeiro: 2019, p. 62).



**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. Pós-graduado pela Universidade de Salamanca.

# Metaverso requer abordagem tecnológica do campo jurídico

■ POR NITIELE GENELHU

“Diante da atipicidade das questões envolvidas no negócio jurídico no metaverso, é imprescindível que as tratativas e negociações contem com assessoria jurídica para que todos os aspectos legais possíveis sejam observados, assegurando garantias a quem queira ali negociar.”

**I**maginemos a vida em sociedade em um universo inovador e fora da realidade presente. Nesse ambiente, as pessoas fazem parte de um mundo paralelo e totalmente virtual, no qual trabalham e interagem. Diante dessa realidade, a primeira impressão é que se trata de uma possibilidade distante para a maioria das pessoas. No entanto, esse novo mundo nomeado como “metaverso” está próximo e apresenta impactos ao Direito.

A palavra metaverso surgiu em 1992 no livro *Snow Crash* e, desde então, o conceito recebeu diferentes abordagens até que se incorporou a ideia de uma realidade totalmente tecnológica, na qual o virtual se funde com ambientes reais, como um aglomerado de realidades virtuais colaborativas. Nessa linha, o professor José Breternitz afirma que “o metaverso será um enorme ciberespaço comunitário, movido a realidade aumentada e a realidade virtual, permitindo que nossos avatares (personagens virtuais) se movam de uma atividade para a outra”. Em linhas mais objetivas, é possível afirmar que a ideia do metaverso é, portanto, uma nova realidade, em que as pessoas, por meio de um espaço cibernético, exercem a sua vida pessoal e em sociedade, assim como fazemos no mundo real.

Entre os principais apoiadores da ideia, temos Mark Zuckerberg, um dos fundadores e CEO do Facebook. Ele define assim a nova realidade: “Você pode pensar no metaverso como uma internet materializada onde, em vez de apenas visualizar o conteúdo, você está nele”. Zuckerberg, inclusive, é conhecido por ser o proprietário majoritário do Facebook que, estrategicamente, teve seu nome substituído para META em 2021.

As empresas que investem no metaverso tendem a desenvolver plataformas baseadas em *blockchain*, a tecnologia que garante a segurança das transações com criptoativos, permitindo o envio e recebimento de informações seguras pela internet. Essas plataformas permitem aos usuários a realização de transações comuns no mundo real, como compra e venda de terrenos e prestações de diversos serviços. Com a maior virtualização, as referidas transações tendem a funcionar por meio de criptomoedas e de tokens não fungíveis, que garantem a autenticidade e originalidade de bens digitais, popularmente conhecidos como NFT’S.

Algumas dessas transações já são reais e estão sendo comumente realizadas dentro dos principais mundos virtuais do metaverso - o Decentraland e o The Sandbox, popularmente chamados de MANA e SAND. Outras personalidades famosas, como Snoop Dogg, têm investido no meio. O artista está construindo uma mansão virtual dentro do Sandbox.

Por outro lado, as possibilidades da novidade colocam alguns desafios ao campo jurídico. Considerando que as plataformas de mundos



virtuais do metaverso são diversas, um dos principais cuidados ao se fazer negócios neste universo é buscar sobre a procedência da pessoa jurídica ou física responsável pela comercialização do que se pretende adquirir.

Ao passo que ainda não exista uma realidade de um mundo no qual as interações sociais e a vida em sociedade ocorram predominantemente no metaverso, os aspectos legais envolvidos ao tema atualmente se limitam às questões contratuais advindas das comercializações realizadas nesse universo.

Um negócio que tem se popularizado no meio é a venda de itens infungíveis (NFT's), constituídos de produtos que não podem ser substituídos por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade. Em razão da impossibilidade de reprodução e substituição, esses materiais contam com total exclusividade e valor inestimável, assemelhando-se ao de obras de arte muito famosas, como o quadro de Mona Lisa, pintado pelo artista Leonardo da Vinci. NFT's famosas têm sido comercializadas por valores que, convertidos, chegam a cerca de R\$ 6 milhões.

A segurança jurídica dessas transações está sendo muito discutida, exigindo não apenas o entendimento legal sobre o tema, mas também a compreensão da tecnologia. Em linhas gerais, a legislação brasileira prevê requisitos específicos para a validade do negócio jurídico, os quais se consubstanciam em agente capaz, objeto lícito, possível ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

No entanto, algumas considerações atípicas devem ser observadas ao realizar negócios no metaverso, considerando que a maioria das plataformas físicas dessa realidade virtual estão instaladas no exterior do Brasil, havendo, por isso, a incidência do Direito Internacional. Diante de um eventual cenário de convergência entre mundo real e virtual, adequações legislativas deverão ser realizadas para firmar a possível uniformização dos entendimentos aplicáveis em abrangências globais.

Com a ascensão do metaverso, não somente os negócios em si estão se transformando, mas também os pagamentos, visto que as criptomoedas têm se popularizado cada vez mais e são amplamente utilizadas no metaverso.

Por fim, diante da atipicidade das questões envolvidas no negócio jurídico no metaverso, é imprescindível que as tratativas e negociações contem com assessoria jurídica para que todos os aspectos legais possíveis sejam observados, assegurando garantias a quem queira ali negociar.

Destaco que demais aspectos legais sobre o tema dependam de uma efetivação deste novo universo dado o seu caráter de novidade. Nesse momento, são possíveis considerações momentâneas, que devem se aprofundar quando as interações sociais no metaverso se intensificarem. **C**

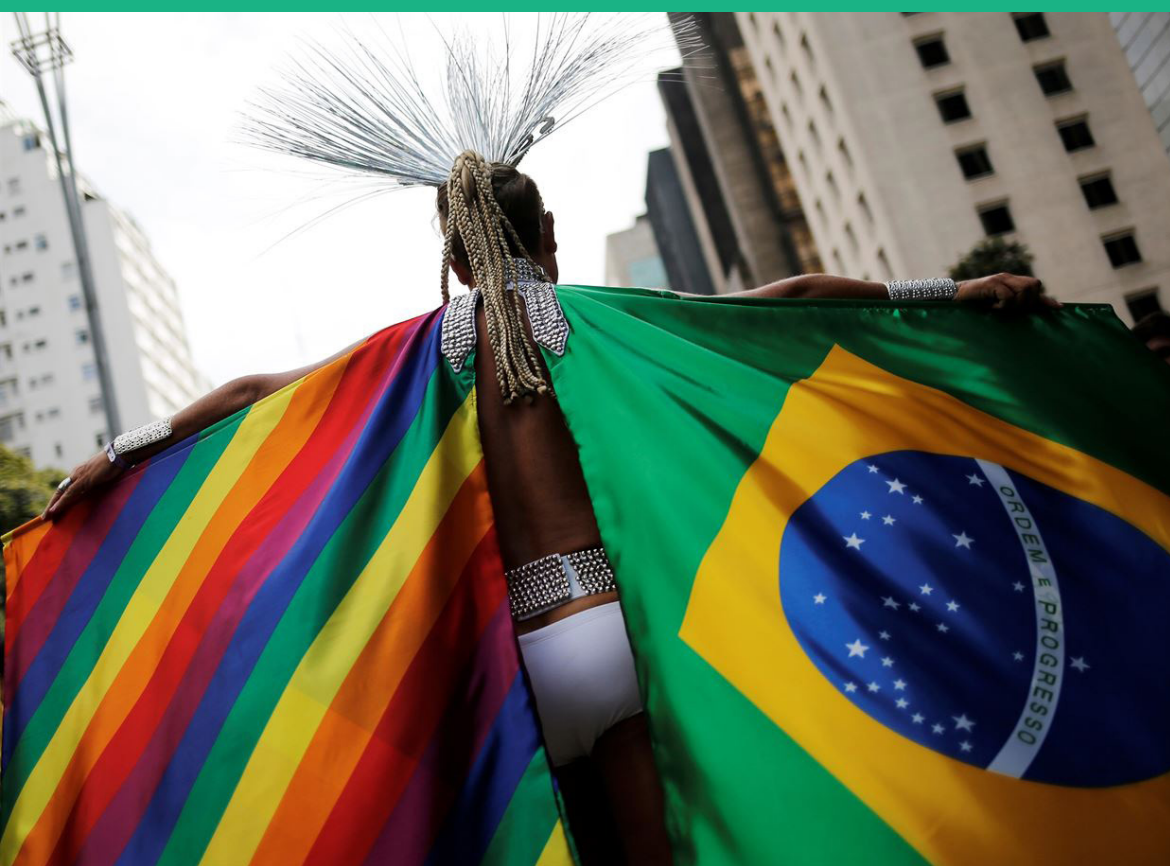


ARQUIVO PESSOAL

**NITIELE GENELHU** é Advogada, pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade Legale Educacional.

# REsp 1.977.124: Juizados de Violência Doméstica têm competência absoluta para casos de vítimas mulheres transexuais

■ POR CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL



**“A par da competência absoluta do Juizado de Violência Doméstica, todos os demais órgãos e entidades do art. 8º da Lei Maria da Penha, sem nenhuma exceção, são agora convocados para defesa e proteção da vítima mulher transexual. E, bom lembrar: ‘mediante atendimento específico e humanizado.’”**

**C**omo amplamente veiculado nos meios de comunicação o Superior Tribunal de Justiça (STJ), quando julgamento do Recurso Especial (REsp) nº 1.977.124, decidiu que a Lei Maria da Penha deve ser aplicada para o caso de mulher transexual vítima de violência doméstica e familiar.

Logo de início, em seu judicioso e humano voto, o Ministro-Relator Rogerio Schietti Cruz expurga de nosso ordenamento jurídico pátrio a idéia de que a Lei Maria da Penha teria sido editada tendo em mente razões de ordem eminentemente biológica, a supostamente assegurar sua aplicação exclusivamente às mulheres portadoras dos cromossomos XX em sua constituição genética.

Com inegável maestria, pontifica o Ministro-Relator, a respeito da necessidade de proteção jurídica à complexidade de relações e interações humanas:

“Este julgamento versa sobre a vulnerabilidade de uma categoria de seres humanos, que não pode ser resumida à objetividade de uma ciência exata. As existências e as relações humanas são complexas e o Direito não se deve alicerçar em discursos rasos, simplistas e reducionistas, especialmente nestes tempos de naturalização de falas de ódio contra minorias”.

Em trechos de seu voto, o Ministro-Relator bem fundamenta a necessidade de aplicação da Lei Maria da Penha entre os conceitos de gênero, como, p. ex., transexuais, transgêneros, cisgêneros, travestis e pessoas não binárias, “tendo em vista a relação dessas minorias com a lógica da violência doméstica contra a mulher”.

O veredicto final do REsp 1.977.124 vai ao encontro da Recomendação nº 128, de 15 de fevereiro de 2022, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a qual delibera sobre a adoção do “Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero” no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário brasileiro.

O ponto nodal do julgamento do REsp 1.977.124, a qual debruçou-se o STJ, foi sobre a definição do gênero feminino, para efeito de aplicação ou não da Lei Maria da Penha. “Mulher trans mulher é”, para efeito do art. 5º desse Diploma salvífico, foi a conclusão do STJ. O Ministro-Relator foi categórico: “Lei Maria da Penha deve proteger mulheres, crianças, jovens, adultas ou idosas e, no caso, também as trans”.

Para o leitor apressado, o REsp 1.977.124 teria tão-somente assegurado a aplicação das medidas protetivas de urgência à vítima mulher transexual, previstas nos arts. 22 e 23 da Lei Maria da Penha.

Não! Não foi somente isso que disse o REsp 1.977.124. Disse muito mais! E disse o mais importante: as portas dos Juizados de Violência Doméstica do País devem, também (!), estar abertas à mulher transexual.

Como não poderia deixar de ser, o STJ não fracionou ou mutilou a aplicação da Lei Maria da Penha. A conclusão do REsp 1.977.124 é a de que a integralidade da Lei Maria da Penha deve tutelar a vítima mulher transexual, inclusive e notadamente seu art. 14.

Quando se fala de competência protagonista dos Juizados de Violência Doméstica deve se ter em mente sua articulação direta e indissociável com



todos os demais órgãos sentinela de enfrentamento a essa violência de gênero, como Delegacias de Polícia, Núcleos da Defensoria Pública e do Ministério Público, Casas-Abrigo, Equipes Multidisciplinares etc, todos especializados, próprios desse juízo. Agora, todos também servientes à proteção integral da vítima mulher transexual, por força do REsp 1.977.124.


E, aqui, nem se alegue derrogação do art. 5º da Lei Maria da Penha e do que restou sedimentado no REsp 1.977.124 pelo STJ em razão de disposição de código de organização judiciária local em sentido diverso ou lapso orçamentário. O calouro sabe bem da hierarquia das normas num sistema federativo e do raquitismo da teoria da reserva do possível em tema de dignidade da pessoa humana, é intuitivo. Desnecessária qualquer consideração: “lex superior derogat legi inferior”.

A esse respeito, consignou o Ministro-Relator Rogerio Schietti:

“Diante de tudo o que foi considerado, o que importa, para fins de resolução desta demanda, é constatar que, no caso que se está a analisar, não apenas a agressão se deu em ambiente doméstico, mas também familiar e afetivo, entre pai e filha, eliminando qualquer dúvida quanto à incidência do subsistema da Lei Maria da Penha, inclusive no que diz respeito ao órgão jurisdicional competente – especializado – para processar e julgar a ação penal.

Logo, reputo descabida a preponderância de um fator meramente biológico sobre o que realmente importa para a incidência da Lei Maria da Penha, com todo o seu arcabouço protetivo, inclusive a competência jurisdicional para julgar ações penais decorrentes de crimes perpetrados em situação de violência doméstica, familiar ou afetiva contra mulheres”.

Frise-se: “Inclusive no que diz respeito ao órgão jurisdicional competente”. Para mim, este o ponto de maior destaque e vital importância do REsp 1.977.124. A vítima mulher transexual não está mais só. A par da competência absoluta do Juizado de Violência Doméstica, todos os demais órgãos e entidades do art. 8º da Lei Maria da Penha, sem nenhuma exceção, são agora convocados para defesa e proteção da vítima mulher transexual. E, bom lembrar: “mediante atendimento específico e humanizado” (arts. 8º e 28 da Lei Maria da Penha).

Em conclusão, os Juizados de Violência Doméstica têm competência absoluta para processar e julgar casos de vítimas mulheres transexuais – aí incluindo-se transgêneros, cisgêneros, travestis e pessoas não binárias, conforme o REsp 1.977.124 –, suas ações penais e medidas protetivas de urgência deflagradas, com a participação ativa e imprescindível de todos os demais atores do sistema de enfrentamento à violência de gênero, mediante atendimento específico e humanizado. 



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

# Alíquota uniforme de ICMS sobre combustíveis e a ineficácia da Lei Complementar 192/2022

■ POR CAROLINA ROMANINI MIGUEL



DIVULGAÇÃO

**“A obrigatoriedade constitucional de alíquotas uniformes no território nacional tem gerado impasse entre os Estados, evidenciando a ausência de consenso sobre o valor a ser utilizado e inaugurando mais um capítulo do complexo sistema tributário nacional.”**

**A**pós dois anos de recessão econômica decorrente da pandemia de COVID-19, o mundo enfrenta agora as consequências devastadoras da guerra entre Rússia e Ucrânia. As sanções impostas pelo Ocidente ao maior exportador de óleo e gás natural do mundo têm acarretado significativo aumento no preço dos combustíveis, como aplicado pela Petrobras em 10 de março no preço da gasolina (18,7%) e diesel (24,9%).

Para conter os reflexos negativos na economia, o Congresso se mobilizou para alterar a tributação de determinados combustíveis, o que resultou na edição da Lei Complementar nº 192/2022, que define quais deles estarão sujeitos à incidência única do ICMS.

A nova Lei Complementar entrou em vigor, mas sua aplicação relativamente ao ICMS depende de Convênio a ser firmado entre os Estados, sem o qual permanece a tributação atual, (i) com incidência em todas as etapas da cadeia comercial; (ii) alíquotas *ad valorem*, fixada pelos Estados individualmente; (iii) não incidência sobre operações interestaduais; e (iv) recolhimento ao Estado onde se verifica o consumo.

Com a edição da Lei Complementar nº 192/2022, as operações com: (a) gasolina e etanol anidro combustível; (b) diesel e biodiesel; e (c) gás liquefeito de petróleo, inclusive o derivado do gás natural, passarão a ser tributadas pelo ICMS uma única vez, em princípio, na saída do estabelecimento do produtor ou no desembaraço aduaneiro realizado pelo importador. Registre-se que os Estados, através de Convênio, podem equiparar a produtor outros participantes da cadeia comercial para fins de alterar o momento da incidência única do ICMS, tal como o legislador determinou em alguns casos para fins de incidência do IPI, gerando, inclusive, muitos questionamentos.

Para esses produtos, a Lei Complementar 192/2022, com fundamento no artigo 155, da Constituição Federal, estabelece que as alíquotas do ICMS:

- serão uniformes em todo o território nacional, podendo ser diferenciadas por produto;
- serão específicas (*ad rem*), por unidade de medida adotada; e
- poderão ser reduzidas e restabelecidas no mesmo exercício financeiro, devendo ser observado apenas o prazo de 90 dias.

Na hipótese de a única operação sujeita à incidência do ICMS ocorrer entre Estados:

- nas operações com os combustíveis derivados de petróleo, o imposto caberá ao Estado onde ocorrer o consumo, tal como ocorre atualmente;
- nas operações interestaduais com combustíveis não derivados de petróleo,
- entre contribuintes, o imposto será repartido entre os Estados de origem e de destino, mantendo-se a mesma proporcionalidade que ocorre nas operações com as demais mercadorias, qual seja, o correspondente à alíquota interestadual (4%, 7% ou 12%) ao Estado de origem e o diferencial de alíquota ao Estado de destino; e

- destinadas a não contribuinte, o imposto caberá ao Estado de origem.

As alterações legislativas, portanto, não apenas interferem nas alíquotas do ICMS incidente sobre operações com os mencionados combustíveis, como também alteram a definição do Estado competente para exigir o imposto em operações interestaduais com produto não derivado de petróleo.

Além de alterar o Estado competente para exigir o ICMS sobre os combustíveis não derivados de petróleo, a obrigatoriedade de aplicação de alíquota uniforme em todo o território nacional implicará um aumento no valor do imposto em alguns Estados. É o que revela matéria publicada em 16 de março pelo jornal *O Estado de São Paulo*, ao trazer comentários do Secretário de Fazenda de São Paulo, Henrique Meirelles, reconhecendo que a alíquota única a ser fixada para os combustíveis acarretará aumento da carga tributária. Em simulação de um valor fixo sobre o litro do diesel, o Estado de São Paulo teria um aumento de aproximadamente 9,5% no valor do ICMS.

Convém destacar que a nova alíquota nacional do ICMS deverá ser fixada pelos Estados também em Convênio, devendo ser observadas as estimativas de evolução do preço dos combustíveis, “de modo que não haja ampliação do peso proporcional do tributo na formação do preço final ao consumidor” (art. 6º, § 5º). Esse parâmetro legal para a fixação das alíquotas tem impossibilitado o consenso entre os Estados, principalmente porque, conforme mencionado, haverá necessariamente aumento do ônus financeiro do ICMS incidente sobre combustíveis em determinados Estados, como São Paulo. Esse fato, por si só, poderia fundamentar o questionamento da alíquota em uma ação judicial, e a consequente ineficácia da medida veiculada na Lei Complementar 192/2022.

O temor dos Estados em definir de forma inadequada as alíquotas do ICMS é reforçado pelo fato de que estas poderão ser reajustadas somente após 12 meses e, a partir de então, a cada semestre. Excepcionalmente com relação ao diesel, enquanto não se chega a um consenso sobre esses valores, até 31/12/2022, a base de cálculo do ICMS corresponderá à média móvel dos preços médios praticados ao consumidor final nos 60 meses anteriores à sua fixação, sendo dispensada a uniformidade de alíquotas até que seja definida aquela *ad rem*. Embora haja uma determinação legal para a adoção de alíquota uniforme no País, não há um prazo para tanto, o que reforça a possível ineficácia da Lei Complementar.

Há previsão constitucional da adoção de incidência única do ICMS sobre determinados combustíveis, porém, a obrigatoriedade constitucional de alíquotas uniformes no território nacional tem gerado impasse entre os Estados, evidenciando a ausência de consenso sobre o valor a ser utilizado e inaugurando mais um capítulo do complexo sistema tributário nacional. ■



CAROLINA ROMANINI MIGUEL é Advogada tributarista.

# Entidades públicas de direito privado – ativo real líquido pode compensar o prejuízo anual

■ POR FLAVIO CORRÊA DE TOLEDO JUNIOR

**“Se nas entidades de direito público, o superávit de caixa do ano anterior (financeiro) justifica o corrente déficit orçamentário, por medida de simetria, um não reiterado prejuízo das empresas e fundações estatais pode ser compensado no ativo real líquido (positivo patrimônio líquido), agregado que também inclui lucros obtidos em anos anteriores.”**

**P**ara maior eficiência governamental, os entes estatais, às vezes, transferem certos encargos para outras pessoas jurídicas, criadas por lei e vinculadas à Administração Pública.

Tal iniciativa materializa a Administração indireta ou descentralizada, composta por autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, regidas umas pelo direito público (autarquias e certas fundações), outras pelo direito privado (empresas públicas, sociedades de economia mista e algumas fundações<sup>1</sup>).

No tocante às fundações, de ilustrar que, no passado, eram todas regidas pelo direito privado, mesmo as criadas por expressa vontade estatal (lei); além do mais, tais entidades deveriam subsistir sem ajuda financeira do Tesouro. Contudo, essa orientação precisou ser repensada após a Constituição de 1988, posto que esta, em várias passagens, se refere às fundações “instituídas e mantidas pelo Poder Público” (vide, por exemplo, art. 71, II e III e art. 165, § 5º, I e III).

Na subsequente controvérsia, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCESP) bem identifica três tipos de fundação que, de alguma forma, se relacionam com a Administração Pública<sup>2</sup>: a) fundação típica; b) fundação de apoio e c) fundação conveniada.

Sob essa conceituação, a fundação típica é criada e mantida pelo Poder Público; eis aqui uma espécie de autarquia fundacional; já, a fundação de apoio é instituída pela Administração, sem dela receber recursos; por último, a fundação conveniada não é criada, tampouco financiada pelo caixa estatal, porém se relaciona, de forma costumeira e vinculante, com a Administração, mediante contratos de caráter continuado.

Autarquias e fundações de direito público sujeitam-se à Lei nº 4.320, de 1964; registram, ao final do ano, superávit ou déficit de execução orçamentária.

Empresas públicas, sociedades de economia mista e outras fundações submetem-se à Lei nº 6.404, de 1976; revelam, ao final de seus exercícios financeiros, lucro ou prejuízo.



Apesar das reiteradas determinações da Secretaria do Tesouro Nacional (STN), o patrimônio líquido de muitas entidades de direito público (ex.: prefeituras, autarquias) não espelha sua verdade contábil; é assim porque seus bens e direitos não são periodicamente reavaliados, tampouco depreciados, além do mais o passivo não se apresenta por competência. Eis aqui uns dos fatores que vem limitando a efetividade da Nova Contabilidade Aplicada ao Setor Público (NCASP).

Aquela omissão talvez encontre explicação na Lei 4.320/1964, que apenas faculta, não obriga as tais reavaliações patrimoniais:

Art. 106. A avaliação dos elementos patrimoniais obedecerá às normas seguintes:

(...)

§ 3º Poderão ser feitas reavaliações dos bens móveis e imóveis.

Não raro, portanto, que ativos de elevada magnitude estejam simbolicamente valorados, conquanto nunca trazidos ao seu valor atual; outros bens apresentem cifra muito superior à de mercado, pois nunca sofreram depreciação contábil.

Essa lacuna patrimonial também se escora no fato de os bens públicos, em regra, se apresentarem impenhoráveis e inalienáveis, ou seja, tais ativos não respondem pelas dívidas das entidades de direito público, vez que estas pendências, não pagas, ensejam precatórios judiciais; nunca penhora de bens móveis e imóveis. Vem talvez daí a menor pressão para a reavaliação dos bens e direitos dos entes regidos pelo direito público.

Tal limitação contábil, contudo, não pode acontecer nas empresas públicas, sociedades de economia mista e certas fundações, pois aqui os critérios de avaliação do ativo e do passivo dispõem-se, de forma expressa, em lei, ou seja, entre os artigos 183 e 184-A, da Lei 6.404, de 1976.

Bem por isso, tende a ser muito mais realista o patrimônio líquido registrado por empresas públicas, sociedades de economia mista e certas fundações.

Por patrimônio líquido, entenda-se a diferença entre os débitos e dívidas e os bens e direitos da entidade, resultado aquele que, em regra, deveria ser positivo (ativo real líquido), mas, à vista de má gestão e outras conjunturas desfavoráveis, também se apresenta negativo (passivo a descoberto). Aqui, não é demais lembrar que o patrimônio líquido incorpora o capital social, integralizações posteriores de capital, além de resultados de exercícios passados (lucros ou prejuízos).

E a Constituição quer que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não disponham de privilégios não extensíveis às empresas privadas (art. 173, § 2º), como, por exemplo, o da impenhorabilidade e inalienabilidade de bens e direitos.

Por consequência, pode-se afirmar que o patrimônio líquido das empresas estatais responde, sim, por suas dívidas.

Nesse cenário, um prejuízo anual de fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista poderá ser justificado ante um positivo patrimônio



líquido (ativo real líquido), que, mesmo absorvendo o resultado negativo, ainda se transfere positivo para o ano seguinte.

Afinal, o patrimônio líquido serve mesmo para isso: amortecer prejuízos em época de dificuldade financeira para as empresas.

De todo modo, o prejuízo não pode, claro, ser contumaz, frequente, todo ano reiterado, sob pena de dilapidação do patrimônio público e risco fiscal para o ente controlador: a Administração direta.

Com efeito, manual produzido pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo,<sup>3</sup> bem demonstra que, no exame de entidades públicas de direito privado, a atenção se volta para a negatividade do patrimônio líquido, pois que isso representa risco fiscal para a Prefeitura:

Findo o exercício financeiro de tais entidades, o resultado positivo (“lucro”) ou negativo (“prejuízo”) será confrontado com o patrimônio líquido do início do exercício.

Nesse rumo, um ligeiro resultado negativo pode indicar recusa da conta, desde que conte a entidade com substancial patrimônio líquido negativo, nisso considerando que tal desajuste representa óbvio risco fiscal para o ente central do Município (...).

Elevado patrimônio líquido negativo mostra o estado de insolvência de fundações e empresas estatais (...)

Tem-se visto a situação insolvente de boa parte dessas estatais municipais, com elevado patrimônio líquido negativo, contexto a justificar sua dissolução legal e, via de consequência, absorção de direitos e obrigações por parte do ente controlador: a Prefeitura.

Do contrário, a empresa acumulará encargos sobre o seu endividamento (juros e correção monetária), o que aumenta a dívida municipal e obriga esta Corte a todo ano, recusar o correspondente balanço.

Como antes visto, os bens e direitos gozam de certa imunidade nas entidades de direito público; no entanto, o mesmo não se pode dizer quanto ao seu patrimônio financeiro, sujeito, sim, a ordens cronológicas de pagamento e eventuais sequestros determinados pelo Poder Judiciário.

Por patrimônio financeiro, entenda-se a diferença entre haveres financeiros e débitos de curta exigibilidade (*empenhos e Restos a Pagar*), sendo que a diferença negativa (*déficit financeiro*) muito pressiona a corrente execução orçamentária, conquanto não se pode, sob pena de inversão cronológica, pagar débito recente à custa da preterição de débitos mais antigos.

Então, se o patrimônio líquido responde pelas dívidas das entidades de direito privado, o patrimônio financeiro, no universo público, vê-se afetado por despesas vencidas e não pagas. De outro lado e, sob essa mesma linha de raciocínio, uma sobra líquida de caixa do ano anterior (*superávit financeiro*) justifica o déficit orçamentário do ano corrente.

É por isso que os tribunais de contas não rejeitam déficits orçamentários amparados na sobra de caixa do ano anterior (*superávit financeiro*).


Aliás, é bem isso o que se vê em manual do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo<sup>4</sup>

Todavia, um déficit orçamentário pode ser absolutamente lícito, desde que amparado no superávit financeiro do exercício anterior, nos termos do art. 43, § 1º, I, da Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964.

Desse amparo monetário, há de se excluir as disponibilidades dos regimes próprios de previdência. Tal excedente está absolutamente vinculado; não pode, em hipótese alguma, bancar qualquer outra despesa do município (Lei Federal nº 9.717, de 27 de novembro de 1998 e art. 43, § 1º, da LRF).

E é bem nesse rumo a decisão daquela Corte relativamente ao balanço anual de prefeitura (TC 00685/989/16):

“A abertura de créditos adicionais, bem assim a realização de transferências, transposições e remanejamentos de recursos orçamentários em montante (R\$ 3.369.594,73) correspondente a 23,45% da despesa fixada inicial (R\$ 14.371.269,00), aquém do limite autorizado pela LOA (30% da despesa fixada inicial), não prejudicaram o almejado equilíbrio das contas, pois observado déficit orçamentário (2,86% – R\$ 419.375,29) integralmente amparado pelo superávit financeiro do exercício anterior (R\$ 634.131,15), bem como resultados econômico (R\$ 993.283,98) e patrimonial (R\$ 14.917.982,99) positivos”

Diante de todo exposto, é possível concluir que, se nas entidades de direito público, o superávit de caixa do ano anterior (financeiro) justifica o corrente déficit orçamentário, por medida de simetria, um não reiterado prejuízo das empresas e fundações estatais pode ser compensado no ativo real líquido (positivo patrimônio líquido), agregado que também inclui lucros obtidos em anos anteriores. 

## NOTAS

- 1 Em abril de 2005, edita a União normas gerais sobre consórcios públicos; é a Lei nº 11.107. Antes disso, alguns consórcios sequer dispunham de personalidade jurídica; eram mero acordo de vontade estatal. Diferente, tal lei quer a individualização jurídica dessa associação multigovernamental, remetendo-a ao direito privado: “Art.. 1º, § 1º O consórcio público constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado”.
- 2 “O Tribunal e as Entidades Municipais da Administração Indireta”; 2019; vide <https://tce.sp.gov.br/sites/default/files/publicacoes/o%20tribunal%20e%20as%20entidades%202020.pdf>
- 3 “O Tribunal e as Entidades Municipais da Administração Indireta” (2019). in <https://tce.sp.gov.br/sites/default/files/publicacoes/o%20tribunal%20e%20as%20entidades%.pdf>.
- 4 “Gestão Financeira de Prefeituras e Câmaras Municipais”; 2021, in: [https://tce.sp.gov.br/sites/default/files/publicacoes/Manual\\_GestaoFinanceira\\_TCESP\\_2021.pdf](https://tce.sp.gov.br/sites/default/files/publicacoes/Manual_GestaoFinanceira_TCESP_2021.pdf)



**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 (TCESP). Consultor da Fiorilli Software.

# Como a nova proposta da SEC sobre as emissões de gases de efeito-estufa pode afetar as companhias brasileiras?

■ POR ANA PAULA ALVAREZ CALIL

**N**o último 21 de março, a SEC (Securities and Exchange Commission), instituição que regula o mercado de capitais dos Estados Unidos, apresentou uma proposta exigindo que as empresas listadas no país divulguem informações sobre as emissões de gases de efeito estufa e outros impactos climáticos.

De acordo com a proposta, as companhias listadas deverão apresentar anualmente as emissões de gases de efeito estufa de suas atividades (escopo 1); as emissões relacionadas ao consumo de energia (escopo 2) e as emissões de sua cadeia produtiva (escopo 3).


Com relação ao escopo 3, o mais difícil de ser mensurado, a SEC flexibilizou as regras para as empresas com free float (indicador do percentual de ações livres no mercado) inferior a US\$250 milhões ou com receita anual até US\$ 100 milhões e com free float inferior a US\$700 milhões. Até esses patamares, as companhias listadas estarão desobrigadas de divulgar as informações do escopo 3.

Por que essa informação é relevante para as empresas brasileiras? De acordo com o presidente da SEC, Gary Gensler, os elementos centrais da proposta também se aplicarão a emissores estrangeiros, o que, dessa maneira, inclui as companhias brasileiras.

No final do ano passado, a CVM, por meio da Resolução CVM nº 59, ampliou as exigências para que as companhias listadas divulguem informações sobre as questões de ESG. Diferentemente da proposta da SEC, a Resolução CVM nº 59 buscou orientar o mercado para a divulgação dos aspectos ESG. Mas, não instituiu uma obrigação de divulgação. É o que chamado de “relate ou explique”.

No entanto, caso a proposta da SEC seja aprovada, a empresa brasileira que for listada lá fora deverá cumprir com a nova regulamentação e fazer as divulgações necessárias nos seus arquivamentos.

A demanda pelos investidores de informações ESG e de como isso pode afetar as companhias é antiga. Segundo Larry Fink, em sua carta para os CEOs, de janeiro a novembro de 2020, os investidores em fundos mútuos e ETFs investiram US\$ 288 bilhões globalmente em ativos sustentáveis, um aumento de 96% em relação ao ano todo de 2019. Conforme destacou Larry Fink, “este é o início de uma transição longa, mas que deve se acelerar rapidamente”.

Caso aprovada, de fato, as companhias terão mais custos imediatos para coletar, organizar e publicar os dados. No entanto, com essa transparência, estima-se que os investimentos nas companhias que tiverem um bom nível de ESG aumentem. Como a CVM, em muitos casos, tende a seguir as regulamentações da SEC, pode ser que muito em breve tenhamos mais novidades sobre as exigências de divulgação dos aspectos de ESG. Mais um estímulo para que a agenda ESG possa ser ampliada. 



ANA PAULA ALVAREZ CALIL é Advogada.



**FALAR LIBERTA**

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

**#NÃOSECALE**

**Queremos ouvir você.**

**UMA  
VOZ**

**CHAMA  
OUTRA**