

prática FORENSE

www.zkeditora.com/pratica

ano III

março/2019

nº 27



Breves comentários à Lei nº 13.812/2019 Um avanço legislativo com retrocesso à atividade investigativa?



Processos e
Procedimentos

Consensualidade na improbidade
administrativa: por que não?

Glauca Rodrigues Torres de
Oliveira Mello

Data Venia

Advocacia no banco dos réus?

Marcelo Aith

Enfoque

Brumadinho e a Constituição
não cumprida

Daury Cesar Fabriz e Julio Pinheiro
Faro Homem de Siqueira

ASSINE conceito jurídico

À frente dos grandes
temas jurídicos



APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

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

prática FORENSE

EDITORIA E DIRETORA RESPONSÁVEL: Adriana Zakarewicz

Conselho Editorial: Almir Pazzianotto Pinto, Antônio Souza Prudente, Esdras Dantas de Souza, Habib Tamer Badião, José Augusto Delgado, José Janguiê 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, Antônio Carlos de Oliveira, Antônio José de Barros Levenhagen, Aramis Nas-sif, Arion Sayão Romita, Armand F. Pereira, Arnoldo Wald, Benedito Calheiros Bonfim, Benjamim Zymler, Cândido Furtado Maia Neto, Carlos Alberto Silveira Lenzi, Carlos Fernando Mathias de Souza, Carlos Pinto C. Motta, 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., Inocência 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 Carlos Barbosa Moreira, José Luciano de Castilho Pereira, José Manuel de Arruda Alvim Neto, Lincoln Magalhães da Rocha, Luiz Flávio Gomes, Marco Aurélio Mello, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Mário Antonio Lobato de Paiva, Marli Aparecida da Silva Siqueira, Néelson Nery Jr., Reis Friede, René Ariel Dotti, Ricardo Luiz Alves, Roberto Davis, Tereza Alvim, Tereza Rodrigues Vieira, Toshio Mukai, Vantuil Abdala, Vicente de Paulo Saraiva, William Douglas, Youssef S. Cahali.

Arte e Diagramação: Charles Design

Revisão: Equipe ZK

Marketing: Diego Zakarewicz

Comercial: André Luis Marques Viana

CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE

Tel. (61) 3263-1362

Home-page: www.zkeditora.com/pratica

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

publicidade@zkeditora.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

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


zakarewicz
editora



POR LUIZ AUGUSTO FILIZZOLA D'URSO

Projeto de lei que criminaliza os jogos violentos é um “retrocesso faraônico”

Um projeto de lei apresentado em 19 de março do corrente ano, na Câmara dos Deputados, pretende criminalizar o desenvolvimento e a venda de jogos considerados violentos no Brasil. O Deputado Federal Júnior Bozzella (PSL-SP), é o autor desta lei, e utiliza-se do massacre ocorrido na escola de Suzano, para justificar sua proposta.

O autor sustenta que este tipo de jogo violento pode induzir jovens a cometer atos de violência em massa, como no caso de Suzano. O Deputado Bozzella também argumenta que “é preciso ao menos dificultar que a nossa sociedade, em especial nossos jovens, entrem num clima de selvageria que leve a atos tão desastrosos”.

Esta proposta legislativa visa alterar o Código Penal e também o Marco Civil da Internet, criminalizando a disponibilização, o desenvolvimento e a venda desses jogos violentos em nosso país. Este projeto de lei é um verdadeiro retrocesso!

O Brasil abriga o maior mercado de games da América Latina, com valor estimado em 1,5 bilhão, além de estúdios nacionais de criação de jogos, que tiveram um crescimento de 180% nos últimos quatro anos.

Os jogos violentos influenciam alguns jovens, porém, esta eventual influência não pode ser fator determinante para a proibição de sua venda. Também não se pode imaginar que tais jogos possam motivar todos os jovens jogadores a cometerem barbaridades e atentados, como ocorreu em Suzano”.

A criminalização ou a proibição dos jogos violentos no Brasil seria um retrocesso faraônico, uma vez que o mercado mundial de games está em franca expansão, e esta lei traria um prejuízo incomensurável à economia brasileira”.

Devemos continuar limitando o acesso a estes jogos, como no caso da utilização de classificação etária para a venda e o necessário acompanhamento dos pais, que devem verificar se os filhos têm idade e maturidade suficiente para jogar tais jogos. 📱

LUIZ AUGUSTO FILIZZOLA D'URSO é Coordenador do Curso de Direito Digital e Cibercrimes da FMU e Presidente da Comissão Nacional de Estudos dos Cibercrimes da ABRACRIM.

3

Primeira Página

Projeto de lei que criminaliza os jogos violentos é um “retrocesso faraônico”

Luiz Augusto Filizzola D’Urso

6

Especial



Breves comentários à Lei nº 13.812/2019. Um avanço legislativo com retrocesso à atividade investigativa?

Marcel Gomes de Oliveira e Joaquim Leitão Júnior

16

Destaque



Venezuela: só monstruosidades

Amadeu Garrido de Paula

18

Data Venia



Advocacia no banco dos réus?

Marcelo Aith

20

Política Educacional



Conhecer para ser: saber jurídico na educação básica

Guilherme Guimarães Feliciano, Luiz Cláudio Costa e Sebastião Feliciano

22

Vade Mecum Forense



Uso da imagem e exploração da imagem – O direito de imagem explicado

Libero Penello de Carvalho Filho

35

Questões de Direito



Incômodo provocado por animais de estimação em condomínio

Fernando Borges Vieira e Mônica Gisele de Souza Rikato

38

Know How



A servidão nossa de cada dia

Rômulo de Andrade Moreira

42

Planejamento Financeiro



Como se planejar para transição de carreira?

Leticia Camargo

44

Processos e Procedimentos



Consensualidade na improbidade administrativa: por que não?

Glaucia Rodrigues Torres de Oliveira Mello

62

Fichário Jurídico



Vedação da utilização da Máquina Pública nas Eleições

*Allan Titonelli Nunes e
Márcio Vieira Santos*

67

Direito Ambiental



Barragem de rejeitos e ou de resíduos?

Tiago Andrade Lima

70

Expressões Latinas



(Judex) a quo... ad quem (Juiz/órgão jurisdicional) do qual... para o qual

Vicente de Paulo Saraiva

72

Casos Práticos



O trote acadêmico e a dignidade do universitário

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

74

Painel Universitário



Adoção à brasileira: crime ou causa nobre?

*Eduardo Luiz Santos Cabette e
Raphaella Lopes Rodrigues*

87

Saiba Mais



O mercado de locações comerciais em 2019

Daniel Alcântara Nastri Cerveira

89

Enfoque



Brumadinho e a Constituição não cumprida

*Daury Cesar Fabríz e Julio
Pinheiro Faro Homem de Siqueira*

92

Prática de Processo



Mecanismo processual de impugnação de sentença transitada em julgado no âmbito dos juizados especiais, por vício na citação

Jessica Rodrigues Duarte

94

Prática de Processo



Não cabimento da ação rescisória em modulação

*Julio M. de Oliveira e
Eduardo Amirabile de Melo*

96

Espaço Aberto

IRPF – Isenção para portadores de doenças graves

Sabrina Bernardi Pauli

Breves comentários à Lei nº 13.812/2019 Um avanço legislativo com retrocesso à atividade investigativa?

por MARCEL GOMES DE OLIVEIRA E JOAQUIM LEITÃO JUNIOR



“A Lei em comento mais uma vez dá mais passos para retroceder do que para avançar, substancialmente, em matéria de diligências e investigações para localizar pessoas desaparecidas, negligenciando nos sagrados bens jurídicos que são a vida e a pessoa humana.”

Entrou em vigor no dia 16 de março de 2019 a Lei nº 13.812, que terminou por instituir a Política Nacional de Busca de Pessoas Desaparecidas, criou o Cadastro Nacional de Pessoas Desaparecidas e alterou a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

A política Nacional de Busca de Pessoas Desaparecidas é constituída por planejamentos abstratos, onde se concretizam por exemplo, através do cadastro nacional de pessoas desaparecidas.

A título de esclarecimentos faremos uma breve análise do conteúdo da lei, e, ao final dissertaremos de forma crítica acerca do art. 10 da referida lei, ao nosso ver, representa um retrocesso à atividade investigativa, em especial, à carreira da Autoridade Policial.

DA POLÍTICA NACIONAL DE BUSCA DE PESSOAS DESAPARECIDAS

Como dito a Lei nº 13.812/2019 institui a Política Nacional de Busca de Pessoas Desaparecidas e criou o Cadastro Nacional de Pessoas Desaparecidas. Abrangendo sua aplicação aos Estados e a órgãos estaduais e aplicando-se também ao Distrito Federal e aos Territórios. Observe que neste aspecto os municípios estariam de fora.

O aludido diploma legal nos fornece ainda diversos conceitos, assim, para efeitos da Lei, considera-se:

- **pessoa desaparecida:** todo ser humano cujo paradeiro é desconhecido, não importando a causa de seu desaparecimento, até que sua recuperação e identificação tenham sido confirmadas por vias físicas ou científicas;
- **criança ou adolescente desaparecido:** toda pessoa desaparecida menor de 18 (dezoito) anos¹;
- **autoridade central federal:** órgão responsável pela consolidação das informações em nível nacional, pela definição das diretrizes da investigação de pessoas desaparecidas e pela coordenação das ações de cooperação operacional entre os órgãos de segurança pública;
- **autoridade central estadual:** órgão responsável pela consolidação das informações em nível estadual, pela definição das diretrizes da investigação de pessoas desaparecidas em âmbito estadual e pela coordenação das ações de cooperação operacional entre os órgãos de segurança pública;
- **cooperação operacional:** compartilhamento de informações e integração de sistemas de informação entre órgãos estaduais e federais com a finalidade de unificar e aperfeiçoar o sistema nacional de localização de pessoas desaparecidas, coordenado pelos órgãos de segurança pública, com a intervenção de outras entidades, quando necessário.

A busca e a localização de pessoas desaparecidas são consideradas prioridade com caráter de urgência pelo poder público e devem ser realizadas preferencialmente por órgãos investigativos especializados, sendo obrigatória a cooperação operacional por meio de cadastro nacional, incluídos órgãos de segurança pública e outras entidades que venham a intervir nesses casos (art. 3º).

Com o objetivo de dar efetivo cumprimento às prioridades acima dispostas, o legislador estabeleceu 6 (seis) diretrizes, a saberem (no art. 4º da mencionada lei):

- 1) desenvolvimento de programas de inteligência e articulação entre órgãos de segurança pública e demais órgãos públicos na investigação das circunstâncias do desaparecimento, até a localização da pessoa desaparecida;
- 2) apoio e empenho do poder público à pesquisa e ao desenvolvimento científico e tecnológico voltados às análises que auxiliem e contribuam para a elucidação dos casos de desaparecimento, até a localização da pessoa desaparecida;
- 3) participação dos órgãos públicos e da sociedade civil na formulação, na definição e no controle das ações da política de que trata esta Lei²;
- 4) desenvolvimento de sistema de informações, transferência de dados e comunicação em rede entre os diversos órgãos envolvidos, principalmente os de segurança pública, de modo a agilizar a divulgação dos desaparecimentos e a contribuir com as investigações, a busca e a localização de pessoas desaparecidas;
- 5) disponibilização e divulgação, na internet, nos diversos meios de comunicação e em outros meios, de informações que contenham dados básicos das pessoas desaparecidas;
- 6) capacitação permanente dos agentes públicos responsáveis pela investigação dos casos de desaparecimento e pela identificação das pessoas desaparecidas.

DO CADASTRO NACIONAL DE PESSOAS DESAPARECIDAS

Do até então exposto, observa-se que a Lei nº 13.812 até o presente momento demonstrou suas diretrizes, conceitos, panoramas, ou seja, tratou da política nacional de busca de pessoas desaparecidas – os rumos que se deverão adotar. Mas a lei trouxe ainda as disposições acerca do Cadastro Nacional de Pessoas Desaparecidas, que tem por objetivo implementar e dar suporte à política nacional de busca de pessoas desaparecidas, sendo o mesmo composto de (art. 5º):

1) banco de **informações públicas**, de livre acesso por meio da internet, com informações acerca das características físicas das pessoas desaparecidas, fotos e outras informações úteis para sua identificação sempre que não houver risco para a vida da pessoa desaparecida;

A título de exemplo, as polícias judiciárias de diversos estados, bem como as Secretarias de Segurança Pública possuem em seus sítios virtuais, links exclusivos para direcionar internautas às listas de pessoas desaparecidas, listas estas contendo fotografias, nome e data do desaparecimento.

2) banco de **informações sigilosas**, destinado aos órgãos de segurança pública, com registros padronizados de cada ocorrência e com o número do boletim de ocorrência, que deverá ser o mesmo do inquérito policial, bem como informações acerca das características físicas das pessoas desaparecidas, fotos, contatos dos familiares ou responsáveis pela inclusão dos dados da pessoa desaparecida no cadastro e qualquer outra informação relevante para sua pronta localização;

3) banco de **informações sigilosas**, destinado aos órgãos de segurança pública, que conterà informações genéticas e não genéticas das pessoas desaparecidas e de seus familiares, destinado exclusivamente a encontrar e a identificar a pessoa desaparecida.

A análise de DNA – exame genético para fins de identificação de pessoas desaparecidas é uma realidade nos dias atuais, por ser dotado de uma precisão quase que absoluta e poder ser realizado tanto em vida quanto em morte.

Por sua vez o órgão competente implantará, coordenará e atualizará o Cadastro Nacional de Pessoas Desaparecidas em cooperação operacional e técnica com os Estados e demais entes federados. Sendo que no âmbito federal, o órgão competente será a Polícia Federal, por meio do agente de investigação, a interlocução de casos de competência internacional, inclusive a coordenação com a Interpol e demais órgãos internacionais.

Ademais, as informações do cadastro serão inseridas, atualizadas e validadas exclusivamente pelas autoridades de segurança pública competentes para a investigação. Ou seja, ficarão a cargo do Delegado de Polícia. Por fim, em caso de não inserção, de não atualização ou de não validação dos dados do Cadastro Nacional de Pessoas Desaparecidas implicará o impedimento de transferências voluntárias da União.

Dúvidas acerca da identidade do desaparecido

Em caso de dúvida acerca da identidade de cadáver, promover-se-á a coleta de informações físicas e genéticas, que serão inseridas no cadastro nacional de pessoas desaparecidas dentro do banco de informações sigilosas (art. 6º).

Elaboração de relatório anual

A autoridade central federal e as autoridades centrais estaduais elaborarão relatório anual, com as estatísticas acerca dos desaparecimentos, do qual deverão constar: o número total de pessoas desaparecidas; o número de crianças e adolescentes desaparecidos; a quantidade de casos solucionados; e as causas dos desaparecimentos solucionados (art. 7º).

Medidas iniciais a serem adotadas

Ao ser comunicada sobre o desaparecimento de uma pessoa, a autoridade do órgão de segurança pública, em observância às diretrizes elaboradas pela autoridade central, adotará todas as providências visando à sua localização, comunicará o fato às demais autoridades competentes e incluirá as informações no cadastro nacional de pessoas desaparecidas (art. 8º).

Para tanto a notificação do desaparecimento será imediatamente registrada no Cadastro Nacional de Pessoas Desaparecidas e na Rede de Integração Nacional de Informações de Segurança Pública, Justiça e Fiscalização (REDE SINESP/INFOSEG) ou sistema similar de notificação adotado pelo Poder Executivo.

Nos casos em que a autoridade policial verificar a existência de qualquer indício de vulnerabilidade da pessoa desaparecida, no caso, a investigação do desaparecimento de crianças ou adolescentes será realizada imediatamente após notificação aos órgãos competentes, que deverão comunicar o fato aos portos, aeroportos, Polícia Rodoviária e companhias de transporte interestaduais e internacionais, fornecendo-lhes todos os dados necessários à identificação do desaparecido.

Nota-se que aquele prazo costumeiro de 24 (vinte e quatro) horas não existe de fato, conforme se criou na rotina policial.



DIVULGAÇÃO

“A experiência mostra que inúmeros casos de desaparecimento reclamam medidas urgentes, e uma vez o legislador trazendo burocracias – como na nova lei – para essas buscas, acaba por travar e retardar medidas eficazes por parte da Polícia Judiciária.”

Além do mais o desaparecimento de criança ou adolescente deverá ser comunicado ao Conselho Tutelar. A autoridade alertará o comunicante do desaparecimento acerca da necessidade de informar o reaparecimento ou retorno da pessoa desaparecida. Isso se dá pelo fato do poder de mobilização disposto pela Autoridade para fins de buscas ao desaparecido. Evita-se assim, com o simples ato de comunicar o reaparecimento, esforços desnecessários dos órgãos policiais.

Princípio da investigação perene

As investigações sobre o desaparecimento serão realizadas até a efetiva localização da pessoa (art. 9º). Em resumo, não existe a possibilidade de arquivamento das investigações policiais acerca de pessoas desaparecidas por expressa previsão legal.

Com isso, o objetivo final será sempre a localização da pessoa, não importando se em vida ou em morte.

Assim, a resposta do paradeiro do desaparecido à família é aspecto central da Lei, não podendo o Estado-polícia se dar por satisfeito, enquanto não se ter uma resposta da localização da pessoa.

Parece com todo respeito, mais uma ignorância da realidade pelo legislador pátrio, porquanto por mais nobre que seja o intuito da “mens legis”, sabe-se que no crime de homicídio (extremamente grave) não se tem essa exigência legal (investigação perene), agora criar uma exigência dessa envergadura em um desaparecimento seria proporcional?

Não estamos a dizer que o desaparecimento seja um caso banal da literatura policial, mas é que guardadas às proporções devidas de um e o outro, temos dificuldades em sustentar não existir perenidade de investigação em crime de homicídio, e existir de outro lado, perenidade de investigação num desaparecimento, conquanto tenhamos lei para tanto.

O retrocesso à atividade investigativa

O legislador ordinário previu no art. 10 da Lei nº 8.212/2019 que:

Art. 10. As autoridades de segurança pública, mediante autorização judicial, poderão obter dados sobre a localização de aparelho de telefonia móvel sempre que houver indícios de risco à vida ou à integridade física da pessoa desaparecida.

Entendemos que ao condicionar a necessidade prévia de obter autorização judicial para obtenção de dados e localização de aparelho, o legislador retrocedeu nessa matéria, pelo menos no que toca ao dado de Estação Rádio Base (ERB) quando se compara com a jurisprudência³.

Em nosso sentir, a Lei nº 13.812 trouxe uma possibilidade de quebra de Estação Rádio Base (ERB) para fins civis e não criminais; pois em muitos casos o desaparecimento de pessoa não está relacionado a crime. Observe ainda que o legislador não permitiu à interceptação telefônicas, mas apenas a localização do celular, em resumo: “A Estação Rádio Base (ERB)”.

Não nos parece razoável essa vedação abstrata trazida pelo legislador, porque acaba reduzindo o espectro de ferramentas necessárias para localizar pessoa desaparecida, sem uma motivação plausível e razoável e ainda pode causar embaraço em evoluções investigativas.

Nessa linha, suponhamos que por detrás desse “desaparecimento”, exista uma organização criminosa incumbida de realizar homicídios que ocasionaram os “desaparecimentos”.

Com essa vedação abstrata, certamente, poderá obstruir que num primeiro momento situação tidas por mero “desaparecimento” seja impedida de lançar mão desse mecanismo de interceptação telefônica.

E mais, poderá causar discussões, se eventual interceptação porventura deferida, possa ser acoimada ou não de ilícita, pois se constatada que estávamos num “desaparecimento” e depois evoluindo para constatação de homicídio, no mínimo dará azo para brados defensivos querendo impingir ilegalidade das provas ou elementos informativos obtidas pela interceptação.

O dever de informar às autoridades públicas sobre o ingresso ou o cadastro de pessoas sem a devida identificação nas dependências de hospitais, as clínicas e os albergues, públicos ou privados

O art. 11, da Lei em análise traz um dever, qual seja, os hospitais, as clínicas e os albergues, públicos ou privados, deverão informar às autoridades públicas sobre o ingresso ou o cadastro de pessoas sem a devida identificação em suas dependências.

A propósito, é essa a redação do propalado dispositivo legal “in verbis”:

Art. 11. Os hospitais, as clínicas e os albergues, públicos ou privados, deverão informar às autoridades públicas sobre o ingresso ou o cadastro de pessoas sem a devida identificação em suas dependências.

Transmissão em rádio e televisão sobre desaparecimentos

O poder público envidará esforços para celebrar convênios com emissoras de rádio e televisão para a transmissão de alertas urgentes sobre o desaparecimento de crianças e adolescentes (art. 12). Tais convênios poderão ainda ser celebrados com empresas de transporte e organizações não governamentais.

Por sua vez, nesta divulgação – rádio e televisão – deverão ser observados os seguintes critérios:

- confirmação do desaparecimento pelo órgão de segurança pública competente;
- evidência de que a vida ou a integridade física da criança ou do adolescente desaparecido está em risco;
- descrição detalhada da criança ou do adolescente desaparecido, bem como do suspeito ou do veículo envolvido no ato.

A transmissão de alertas restringir-se-á aos casos em que houver informações suficientes para a identificação e a localização da criança ou do adolescente desaparecido ou do suspeito.

Por sua vez, o alerta não será utilizado quando a difusão da mensagem puder implicar aumento do risco para a criança ou o adolescente desaparecido ou comprometer as investigações em curso.

De mais a mais, a autoridade central federal e as autoridades centrais estaduais definirão os agentes responsáveis pela emissão do alerta.

Salienta-se ainda que o poder público também poderá promover, mediante convênio com órgãos de comunicação social e outros entes privados, a divulgação de informações e imagens de pessoas desaparecidas ainda que não haja evidência de risco à vida ou à integridade física dessas pessoas (art. 13).

Ou seja, além do rádio e da televisão dispostos no art. 12, este artigo 13 inseriu, a título de exemplo, os meios de comunicação virtual, que nos últimos anos tem ganhado espaço, como são os casos de sites de internet, canais no *youtube*, páginas de propaganda no *Instagram*, *Facebook*, *Twitter* etc. Sendo que, neste caso, a divulgação de informações e imagens será feita mediante prévia autorização dos pais ou do responsável, no caso de crianças ou adolescentes desaparecidos, e, no caso de adultos desaparecidos, quando houver indícios da prática de infração penal.

Mudanças no Estatuto da Criança e do Adolescente

O art. 83 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), passa a vigorar com as seguintes alterações (art. 14):

Art. 83. Nenhuma criança ou adolescente menor de 16 (dezesseis) anos poderá viajar para fora da comarca onde reside desacompanhado dos pais ou dos responsáveis sem expressa autorização judicial.

§ 1º A autorização não será exigida quando:

a) tratar-se de comarca contígua à da residência da criança ou do adolescente menor de 16 (dezesesseis) anos, se na mesma unidade da Federação, ou incluída na mesma região metropolitana;

b) a criança ou o adolescente menor de 16 (dezesesseis) anos estiver acompanhado:

A regra trazida pelo dispositivo legal traz que nenhuma criança ou adolescente menor de 16 (dezesesseis) anos poderá viajar para fora da comarca onde reside desacompanhado dos pais ou dos responsáveis sem expressa autorização judicial.

Entretanto, essa autorização não será exigida quando:

a) tratar-se de comarca contígua à da residência da criança ou do adolescente menor de 16 (dezesesseis) anos, se na mesma unidade da Federação, ou incluída na mesma região metropolitana;

b) a criança ou o adolescente menor de 16 (dezesesseis) anos estiver acompanhado.

Nos valendo do quadro trazido pelo site Dizer o Direito, podemos elencar o resumo dos arts. 83 a 85 do ECA:

VIAGEM NACIONAL	
Situação	É necessária autorização?
Criança e adolescente menor de 16 anos viajar com o pai e a mãe.	NÃO
Criança e adolescente menor de 16 anos viajar só com o pai ou só com a mãe.	NÃO
Criança e adolescente menor de 16 anos viajar com algum ascendente (avô, bisavô).	NÃO (nem dos pais nem do juiz)
Criança e adolescente menor de 16 anos viajar com algum colateral, maior de idade, até 3º grau (irmão, tio e sobrinho).	NÃO (nem dos pais nem do juiz)
Criança e adolescente menor de 16 anos viajar acompanhada de uma pessoa maior de idade, mas que não seja nenhum dos parentes acima listados (ex: amigo da família, chefe de excursão, treinador de time).	SIM Será necessária uma autorização expressa do pai, mãe ou responsável (ex: tutor) pela criança.
Criança e adolescente menor de 16 anos viajar sem estar acompanhada por uma pessoa maior de idade.	SIM Será necessária uma autorização do juiz da infância e juventude.
Criança e adolescente menor de 16 anos viajar desacompanhada de parentes para comarca vizinha, localizada dentro do mesmo Estado, ou para comarca que pertença à mesma região metropolitana.	NÃO (nem dos pais nem do juiz)
Adolescente maior de 16 anos viajar desacompanhado de pais, responsável, parente ou qualquer outra pessoa.	NÃO Adolescentes maiores de 16 anos podem viajar pelo Brasil sem autorização.

Fonte: Dizer o Direito

VIAGEM AO EXTERIOR	
Situação	Necessária autorização?
Criança ou adolescente (ou seja, qualquer pessoa menor de 18 anos) viajar acompanhado do pai e da mãe.	NÃO
Criança ou adolescente (pessoa menor de 18 anos) viajar com o seu responsável (ex: guardião, tutor ou curador).	NÃO

Criança ou adolescente (pessoa menor de 18 anos) viajar só com o pai ou só com a mãe.	SIM Nesse caso, será necessária: 1) autorização judicial; OU 2) autorização expressa do pai ou mãe que não for viajar, através de documento com firma reconhecida. Obs.: não será necessária autorização com firma reconhecida se os pais estiverem presentes no embarque.
Criança ou adolescente (pessoa menor de 18 anos) viajar desacompanhado	SIM Nesse caso, será necessária:
Criança ou adolescente (pessoa menor de 18 anos) viajar em companhia de terceiros maiores e capazes, designados pelos genitores.	1) autorização judicial; OU 2) autorização expressa do pai e da mãe, com firma reconhecida.
Em todos os outros casos (ex: avô, tio, irmão, chefe de excursão, treinador de time etc.).	Obs.: não será necessária autorização com firma reconhecida se os pais estiverem presentes no embarque.
Criança ou adolescente (pessoa menor de 18 anos) nascido no Brasil viajar em companhia de residente ou domiciliado no exterior.	SIM Necessária prévia e expressa autorização judicial.

Fonte: Dizer o Direito

A transgressão das regras acima ensejará a prática da infração administrativa enumerada no art. 251, do ECA:

Art. 251. Transportar criança ou adolescente, por qualquer meio, com inobservância do disposto nos arts. 83, 84 e 85 desta Lei:

Pena – multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

Implementação de ajuda psicossocial à família de pessoas desaparecidas

O poder público implementará programas de atendimento psicossocial à família de pessoas desaparecidas (art. 15). O desiderato do legislador foi dar o suporte necessário na esfera psicológica e social à família que teve o ente desaparecido.

O fim da cisão entre banco de dados de pessoas desaparecidas

A Lei nº 12.127 havia criado no ano de 2009 o Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes desaparecidos, porém, agora com o advento da Lei nº 13.812 de 2019, o legislador está unificando todos os bancos de dados em um único: o Cadastro Nacional de Pessoas Desaparecidas (englobando adultos, crianças e adolescentes) – inteligência do art. 16.

Disque 100 e disque pessoas desaparecidas

Dando sequência, aos nossos comentários, a legislação em comento criou o “disque 100 e o disque pessoas desaparecidas”. Vejamos a redação do art. 17 da Lei nº 13.812/2019 e seu parágrafo único:

Art. 17. O órgão competente do Poder Executivo providenciará número telefônico gratuito, de âmbito nacional, para fornecimento e recebimento de informações relacionadas ao cadastro de que trata esta Lei.

Parágrafo único. O Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Desaparecidos manterá o Disque 100 para recebimento de denúncias de desaparecimento de crianças e adolescentes.

Pensamos que faltou tato ao legislador ao redigir tal artigo, pois, poderia em um único número telefônico (Disque 100) englobar por completo o fornecimento e recebimento de informações, não necessitando um número novo ou expectativa para tanto.

O “Disque 100” já é amplamente conhecido. Além do mais, a criação de um novo número demandará novos esforços de divulgação e com toda certeza, causará confusão para aqueles que mais fornecem informações: a população!

CONCLUSÃO

Por derradeiro, concluímos que a Lei em comento mais uma vez dá mais passos para retroceder do que para avançar, substancialmente, em matéria de diligências e investigações para localizar pessoas desaparecidas, negligenciando nos sagrados bens jurídicos que são a vida e a pessoa humana.

A experiência mostra que inúmeros casos de desaparecimento reclamam medidas urgentes, e uma vez o legislador trazendo burocracias – como na nova lei – para essas buscas, acaba por travar e retardar medidas eficazes por parte da Polícia Judiciária. ✍

NOTAS

- 1 Em conformidade com o art. 2º, do ECA.
- 2 Em resumo: os órgãos de segurança pública (todos aqueles descritos no art. 144 da CF: polícia militar, polícia civil, polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal); os de órgãos de direitos humanos e de defesa da cidadania; os institutos de identificação, de medicina legal e de criminalística; o Ministério Público; a Defensoria Pública; a Assistência Social; os conselhos de direitos com foco em segmentos populacionais vulneráveis; os Conselhos Tutelares.
- 3 Admite-se a quebra de sigilo de dados da ERB (estação rádio base) sem a necessidade de autorização judicial (STJ, HC 247.331).

REFERÊNCIAS

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Lei nº 13.812/2019: Política Nacional de Busca de Pessoas Desaparecidas*. Publicado em 20 de março de 2019. Disponível em: <<<https://www.dizerodireito.com.br/2019/03/ola-amigos-do-dizer-o-direito-foi.html>>>. Disponível em 24 de março de 2018.



ARQUIVO PESSOAL

MARCEL GOMES DE OLIVEIRA é Delegado de Polícia no Estado do Mato Grosso, atualmente lotado na Delegacia Especializada de Homicídio e Proteção à Pessoa – DHPP. Especialista em Direito do Estado. Especialista em Metodologia do Ensino Superior. Atualmente é professor de cursos preparatórios para concursos públicos e professor da Academia de Polícia Judiciária Civil do Estado do Mato Grosso – ACADEPOL/MT.



ARQUIVO PESSOAL

JOAQUIM LEITÃO JUNIOR é Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso, atualmente lotado Assessor Institucional da Diretoria da Polícia Judiciária Civil do Estado de Mato Grosso. Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL). Pós-graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obra jurídica e autor de artigos jurídicos.

POR AMADEU GARRIDO DE PAULA



Venezuela: só monstruosidades

O mais admirável país da América do Sul. Assim foi a Venezuela. Democrática, sempre imperfeita a democracia, como todas, mas de liberdade e de riquezas econômicas, posto que fundadas no monopólio estatal do petróleo.

Bastou a chegada dos primeiros problemas para crescer a ambição chavista. Assim como na Rússia e em Cuba, duas tentativas. A segunda se fez real.

Hugo Chávez não era homem de cultura política sólida. Porém, dominava fragmentos. E o fazia com destreza. Tornam-se essas lascas frouxas um profundo compêndio de sabedoria, quando alinhadas em grandes manifestações de massa.

Juntou-se ao marxismo, muito embora pouco dele conhecesse. Tal como outros propensos à esquerda, limitados a alguns jargões universais. Vista em profundidade, a teoria marxista não se fez superior a qualquer outra elucubração filosófica ou econômica. Ainda caminha o homem, na conjugação de todas, atrás de uma síntese razoável. Algo que possa trazer a felicidade universal. Estamos num longo caminho, o que não significa sua intransponibilidade.



Os fossos sociais justificaram o marxismo e, em sua mais profunda intimidade nacional, o bolivarianismo. Nada conclama mais o povo do que o apelo à justiça. E dá solidez às doutrinas que aparentemente a justificam. Não raro, ficam vazios os apelos e as doutrinas; e tudo decai ao populismo, que tanto mal acarreta à política. O apelo popular bolivariano foi intenso, porém caiu como castelo de cartas com seu líder da mentira demagógica.

Líder megalomaníaco que não soube fazer seu sucessor, ascendeu ao poder um ex-motorista de ônibus, contra os quais nada tenho, mas que concentrou seu poder sobre um exército corrupto, sobre força nacional do mesmo vácuo de hombridade e milícias cooptadas como se fossem turbas mercenárias. É dizer, não remedou a economia, não arranjou a política, não construiu uma sociedade venezuelana. E usa seu vozerio como provavelmente o usasse nas assembleias dos condutores de coletivos em Caracas.

Mas, infelizmente, ainda há o outro lado. Ocorre que os protagonistas não são a ONU e as nações preocupadas com a paz mundial, cujas usuais recomendações voltam-se ao caminho democrático e diplomático das soluções consensuais e pacíficas. Nada melhor que a decadência de um regime como o venezuelano, à pobreza, à fome, à falta d'água, ao pior dos piores mundos humanos e animais, para o aproveitamento oportunista de governos como o de Donald Trump e suas inclinações xenófobas e belicistas, bem como às direitas extremas de todo jaez.

Nessa conjuntura de contradições e desbussolamento vivemos os últimos dias. Um regime em fim de caminhada, de verniz esquerdista a justificar a união de seus antípodas, nas profundezas do poço, garantido pelas forças das armas mantidas com o dinheiro do petróleo, e os pretensos opositores que, em nada sendo humanos, falam em ajuda humanitária barrada nas fronteiras, como a pior barbárie, quando tal ajuda não passa de provocação política, depositada em alguns pequenos caminhões da Colômbia e do Brasil. Perdido nesse xadrez internacional, esse sim, bárbaro, está o povo venezuelano, a cada dia que passa mais depreciado no sangue e na carne que lhe resta.

E a verdadeira solução para tais impasses, provenientes da Organização das Nações Unidas, cada vez mais menos ouvida, diplomática e pacífica, a implicar em eleições livres e gerais. Enquanto a população suporta e supera suas agruras, o apreço pela liberdade e justiça vai-se ao pôr do sol das tristes tardes da Venezuela. 🇻🇪

Advocacia no banco dos réus?

POR MARCELO AITH

“Atacar aos advogados nada mais é do que aviltar, desprestigiar e aniquilar a própria ideia de defesa, como se ela fosse um obstáculo indesejável para a concretização de uma justiça e do combate à corrupção.”



No dia 15 de fevereiro, o mundo jurídico foi surpreendido com a notícia que o juiz Vallisney de Souza Oliveira, da 10ª Vara Federal de Brasília, teria autorizado a quebra do sigilo bancário do escritório do advogado Antônio Claudio Mariz de Oliveira, supostamente para constatar quem teria arcado com os honorários do respeitado advogado do ex-presidente Michel Temer. T tamanha aberração não atinge apenas o renomado criminalista, mas a advocacia criminal em geral e a sociedade como um todo.

Com efeito, o resultado disso é a criminalização da profissão do advogado perante a opinião pública. Tal fato tornou-se ainda mais evidenciado no período pós início da “lava jato”, em que os embates entre procuradores, juízes e defensores, tinham nestes a figura do

inimigo da sociedade e naqueles os paladinos da moral e da justiça. Uma aberração para dizer o menos!

A sociedade tem que se conscientizar que o advogado é peça “indispensável à administração da justiça”, o reducionismo dessa atribuição constitucional tem resultado na proliferação de afrontas aos direitos fundamentais, como a quebra de sigilo bancário de um advogado para apurar quem teria realizado o pagamento de seus honorários.

Na hipótese específica envolvendo Mariz de Oliveira, a situação se afigura ainda mais grave face ao escopo da quebra do sigilo. Não há qualquer notícia de indício de ilícito praticado pelo advogado ou por qualquer integrante de sua equipe que pudesse ensejar tal invasão em suas esferas de privacidade.

A ilegalidade praticada contra Mariz de Oliveira, já foi perpetrada contra centenas de advogados criminalistas, que, invariavelmente, tem sua imagem associada, como irmãos siameses, de seus clientes. Esta imagem da advocacia é fruto do seu enfraquecimento ao longo dos anos, face a uma Ordem dos Advogados subservente, politizada, leniente, que pouco se preocupava com a defesa das prerrogativas dos advogados. O enfraquecimento da advocacia resultou no protagonismo exacerbado do Ministério Público, mas há luz no fim do túnel com a nova safra de representantes eleitos no fim de 2018.

Cumprir trazer a brilhante lição do Professor da Universidade Federal do Rio Grande, Salah Khabed Júnior, que retrata, em sua obra “Discurso de Ódio e Sistema Penal”, com tintas fortes e indeléveis, o atual cenário da advocacia criminal brasileira: “Não é a simples retratação demonizada de um advogado específico em um caso particularmente polêmico, ainda que renomados advogados tenham experimentado o sabor amargo do veneno destilado pela criminologia midiática: é a advocacia em si que tem sido vítima de cruzadas morais da grande mídia e até mesmo de entidades representativas de classe que movidas por um impensado sentimento de solidariedade com pares, tratam os advogados como se inimigos fossem”.

No entanto, a verdadeira intenção subjacente em demonizar a advocacia criminal está intimamente associada ao recrudescimento do punitivismo que se acentuou com a Operação “Lava Jato”. Esta surgiu como a última esperança da sociedade contra uma elite política corrupta. Todavia, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e não há processo devido sem a figura do advogado. Dessa forma, atacar aos advogados nada mais é do que aviltar, desprestigiar e aniquilar a própria ideia de defesa, como se ela fosse um obstáculo indesejável para a concretização de uma justiça e do combate à corrupção.

Há duas alternativas a advocacia criminal, continuar mera coadjuvante no processo ou voltar ao protagonismo da defesa dos seus patrocinados e de suas prerrogativas preservando, dessa forma, os legados de Mendes Júnior, Heráclito Fontoura Sobral Pinto, Evandro Lins e Silva, Waldir Troncoso Peres, Evaristo de Moraes, Manoel Pedro Pimentel, dentre outros lendários penalistas?

O genial e inesquecível Sobral Pinto tem a resposta a indagação: “advocacia não é profissão de covardes”! 



ARQUIVO PESSOAL

MARCELO AITH é especialista em Direito Criminal e Direito Público.



Conhecer para ser: saber jurídico na educação básica

por GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO, LUIZ CLÁUDIO COSTA E SEBASTIÃO FELICIANO

“Repensar o modelo curricular, de forma que o jovem conheça o mundo em que vive do ponto de vista jurídico. Uma cadeira dedicada a “Noções de Direito e Cidadania”, ministrada durante o ensino médio, bem serviria a esse propósito.”

Sob os auspícios de um novo governo eleito, surge o melhor ensejo para que um tema fundamental volte à baila: o ensino básico nas escolas públicas e privadas do país. No ensino médio, em particular, os desafios são imensos. Em 2017, so-

mente 59,2% dos jovens com até 19 anos haviam concluído essa etapa da educação básica. É preciso universalizá-lo.

Algo existe, porém, que não chegou ao radar dos educadores e próceres das reformas: o universo dos direitos e deveres.

Os atuais currículos escolares deveriam entregar à sociedade, quando bem executados, cidadãos que leem e escrevem, interpretam textos, fazem cálculos de pouca complexidade, conhecem sua história e geografia e dominam seus símbolos pátrios, como os hinos oficiais. A par do civismo, porém, desconhecem a sua cidadania.

Com efeito, quais são os seus direitos fundamentais? Sabem que podem perambular, exprimir-se, professar (ou não) uma fé, organizar-se, informar-se e manifestar-se?

Sabem quais são as garantias constitucionais que, para a tutela desses direitos, estão a seu alcance? Sabem da garantia fundamental de pleno acesso ao Judiciário, em caso de lesão ou ameaça de lesão a direitos ou interesses?

Compreendem quantos e quais são seus direitos sociais fundamentais? Entendem quais direitos o constituinte originário reservou a quem trabalha, com subordinação ou mesmo sem ela? Sabem da possibilidade de defenderem pessoalmente o patrimônio público e outros interesses coletivos e difusos?

Sabem a que autoridades recorrer, e como fazê-lo, diante de contextos de opressão, constrangimento ou ilegalidade que tenham origem nas ações e omissões de outros cidadãos ou do próprio poder público? De outro turno, esses milhões de cidadãos que as escolas privadas e públicas devolvem à sociedade, todos os anos, conhecem os âmbitos de seus deveres?

Entendem a diferença entre um ilícito civil, uma infração administrativa, um ato de improbidade e um crime ou contravenção penal? Conseguem reconhecer deveres e obrigações oriundos de fontes legítimas – como, por exemplo, leis e contratos – daquelas “obrigações” que se desenham a partir de fontes espúrias, como a opressão das maiorias, o desvio de autoridade ou o crime organizado?

O fato é que, em geral, o cidadão comum ignora boa parte desses elementos. Vamos além: boa parte dos concidadãos ou não sabe ou finge desconhecer quais os limites dos seus direitos e deveres. “Direito” e “dever” surge, então, como resultado do grito mais alto ou da mais perfeita “malandragem”. Convém agir prontamente para reverter curva tão mortal para a vida em sociedade. Repensar o modelo curricular, de forma que o jovem conheça o mundo em que vive do ponto de vista jurídico. Uma cadeira dedicada a “Noções de Direito e Cidadania”, ministrada durante o ensino médio, bem serviria a esse propósito.

Sigmund Freud (1856-1939) associava, em seus estudos psicanalíticos, o conhecimento ao poder. A potência que não se conhece tende a ser inútil, se não realizada, ou nociva, quando realizada. Eis o que falta ao cidadão: conhecer para se empoderar. Se o Brasil não fomentar uma enraizada cultura de cidadania, restar-lhe-á clamar por mais Estado. 📌



ARQUIVO PESSOAL

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO é Juiz do Trabalho e professor da USP, é presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA)



ARQUIVO PESSOAL

LUIZ CLÁUDIO COSTA é advogado, é presidente do grupo Record TV.



ARQUIVO PESSOAL

SEBASTIÃO FELICIANO é bacharel em Direito, é supervisor de ensino aposentado do Estado de São Paulo.

Uso da imagem e exploração da imagem – O direito de imagem explicado

POR LÍBERO PENELLO DE CARVALHO FILHO

“Na ponderação de princípios entre o direito de imagem e o direito de liberdade de expressão e de acesso à informação, prevalece o interesse público sobre o particular, sendo exceção a esta regra a ocorrência de má-fé, danos à imagem, à honra do titular do direito ou seu exercício sem a devida autorização de tal titular.”



DIVULGAÇÃO

Recentemente, diretriz do Ministério da Educação do governo brasileiro causou polêmica, ao orientar que as escolas fizessem cantar o hino nacional, fotografassem ou filmassem o ato e enviassem as imagens para o ministério mencionado. Inúmeras publicações da imprensa e juristas veicularam a indignação de setores de nossa sociedade, sob fundamento de que seriam estas diretrizes ministeriais totalmente inconstitucionais.

As vozes contra as medidas prescritas pelo Ministério da Educação arguem a inconstitucionalidade das fotografias e filmagens de alunos cantando o Hino Nacional e seu respectivo envio ao ministério, face violação do direito de imagem, garantido a todos pela Constituição brasileira, ferindo, assim, a honra, a privacidade e a própria personalidade do ofendido.

A nossa Constituição Federal, no tocante ao direito de imagem, assim estabelece:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Como extensão e exercício deste direito, a Constituição brasileira estabelece ainda:

XXVIII – são assegurados, nos termos da lei:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.

Nota-se aqui, pela disposição topográfica do texto constitucional, que o direito de imagem está inserido no artigo destinado aos direitos e garantias fundamentais e está bem próximo de disposição acerca do direito autoral e fiscalização sobre o uso de sua imagem ou voz em obras autorais ou participativas.

Quanto à participação individual em obra coletiva, atividades desportivas e fiscalização sobre atividade econômica vinculada às obras que criarem ou de que participarem aqueles cuja imagem foi explorada, descrito nos itens “a” e “b” do inciso XXVIII do art. 5º CF/88 transcrito, é óbvio que não são hipóteses que se enquadram no caso ora analisado.

A par de qualquer polêmica, a diretriz de entoar o hino nacional nas escolas está prevista em lei, e o Ministério da Educação apenas determina o cumprimento desta lei. Quem quiser, cumpre. Quem não quiser, arca com as consequências. Nenhuma controvérsia, portanto, neste particular. O problema permanece apenas na interpretação de cada um sobre o direito de imagem e suas limitações.

O texto constitucional, prolixo, vago, menciona, no art. 5º, inciso XXVIII, letra “a”, uma certa proteção à “reprodução da imagem e voz humanas”, “nos termos da lei”, segundo consta no *caput* do referido artigo. Logo de início, salta aos olhos a falta de técnica na elaboração do art. 5º. Apesar de elencar direitos e garantias

fundamentais, normas de eficácia plena, seu *caput*, ao trazer a expressão “nos termos da lei”, remete ao conceito de norma de eficácia contida, impensável em direitos como liberdade individual, liberdade de locomoção, igualdade entre homens e mulheres, dignidade da pessoa humana, dentre outros.

Para tornar ainda mais confusa a redação do art. 5º, apesar do *caput* dispor “nos termos da lei”, alguns incisos do referido artigo especificam que “a lei disporá sobre” esta ou aquela medida, característica das normas de eficácia limitada, levando à impressão de que os demais incisos seriam normas de eficácia plena.

O primeiro passo, portanto, é definir o objeto do estudo. É o direito de imagem. O segundo passo, estabelecer a plenitude ou as limitações a este direito. E o terceiro passo é vincular este estudo ao caso prático analisado.

Examinemos, então, o conceito do direito de imagem.

CONCEITO DE DIREITO DE IMAGEM

Base legal – Art. 5º incisos X e XVIII da CF/88, art. 20 e 159 CC, arts. 138 e 139 CP e art. 240 Lei nº 8.069/90, ADI 4815 STF

Além dos dispositivos constitucionais já mencionados, o Código Civil dispõe:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

A maioria dos autores define o direito de imagem como sendo um direito de personalidade de natureza jurídica autônoma e que compreende a personalidade física da pessoa, seus traços fisionômicos, seu corpo, atitudes, gestos, sorrisos, indumentárias, enfim, todas as características que o individualizam.

Walter Moraes, citado por Domingos Franciuli Netto¹, assim define o direito de imagem:

“Toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem é imagem para o Direito. A idéia de imagem não se restringe, portanto, à representação do aspecto visual da pessoa pela arte da pintura, da escultura, do desenho, da fotografia, da figuração caricata ou decorativa, da reprodução em manequins e máscaras. Compreende, além, a imagem sonora da fonografia e da radiodifusão, e os gestos, expressões dinâmicas da personalidade. A cinematografia e a televisão são formas de representação integral da figura humana. De uma e de outra pode dizer-se, com De Cupis, que avizinham extraordinariamente o espectador da inteira realidade, constituindo os mais graves modos de representação no que tange à tutela do direito. Não falta quem inclua no rol das modalidades figurativas interessantes para o direito, os ‘retratos falados’ e os retratos literários, conquanto não sejam elas expressões sensíveis e sim intelectuais da personalidade. Por outro lado, imagem não é só o aspecto físico total do sujeito, nem particularmente o semblante, como o teriam sustentado Schneickert e Koenig. Também as partes destacadas do corpo, desde que por elas se possa

reconhecer o indivíduo, são imagem na índole jurídica: certas pessoas ficam famosas por seus olhos, por seus gestos, mesmo pelos seus membros.”

Uadi Lammego Bulos, citado por Domingos Franciuli Netto², por sua vez, conceitua:

“... trata-se de uma noção ampla, que inclui os traços característicos da personalidade, fisionomia do sujeito, ar, rosto, boca, partes do corpo, representação do aspecto visual da pessoa pela pintura, pela escultura, pelo desenho, pela fotografia, pela configuração caricata ou decorativa. Envolve, também, a imagem física, a reprodução em manequins e máscaras, por meio televisivos, radiodifusão, revistas, jornais, periódicos, boletins, que reproduzem, indevidamente, gestos, expressões, modos de se trajar, atitudes, traços fisionômicos, sorrisos, aura, fama etc”.

Pontes de Miranda, também citado por Domingos Franciuli Netto³, acresce:

“a caricatura mais tem por fim efeito cômico que efeito identificativo. Porém nem um nem outro feriu o ponto: a caricatura é a imagem do que se reflete, da fisionomia ou do todo humano, na psique do caricaturista; é a imagem de imagem; pode bem acontecer que apanhe mais do que a fotografia e obtenha exprimir mais do que o retrato a óleo ou a lápis. Mas, por isso mesmo que se tira da imagem interior, não pode opor-se à sua feitura o caricaturado. Se ofende à honra, ou a outro direito, é outra questão. Todavia – e esse é o ponto principal – a caricatura de grande valor identificativo não pode ser atribuída a outrem, ofendendo a identidade pessoal; estaria violado o direito de personalidade à própria imagem. A afirmativa de que a caricatura só diz respeito o direito à própria imagem quando a identidade pessoal está em causa implica que se não precise do consentimento do caricaturado para se fazer caricatura; portanto sem razão estavam H. Keyssner (Das Rechtameigenen Bilde, 33) e J. Kohler (Das Individualrecht als Namenrecht, Archiv für Bürgerliches Recht, V, 88, Das Eigenbildim Recht, 16) quando equiparam a caricatura à fotografia”.

A Corte Europeia de Direitos Humanos assim referiu-se ao direito de imagem⁴:

“[A] person’s image constitutes one of the chief attributes of his or her personality, as it reveals the person’s unique characteristics and distinguishes the person from his or her peers. The right to the protection of one’s image is thus one of the essential components of personal development. It mainly presupposes the individual’s right to control the use of that image, including the right to refuse publication thereof ...” (von Hannover v. Germany (no. 2), Grand Chamber judgment of 7 February 2012, § 96). “[F]reedom of expression includes the publication of photos ... This is nonetheless an area in which the protection of the rights and reputation of others takes on particular importance, as the photos may contain very personal or even intimate information about an individual or his or her family ...” (von Hannover v. Germany (nº 2), Grand Chamber judgment of 7 February 2012, § 103).

O Escritório de Propriedade Intelectual do governo da ilha de Guernsey traz um interessante ponto de vista conceitual⁵:

Image rights are the expression of a personality in the public domain. The provision of image rights in law enables the definition, value, commercial exploitation and protection of

image rights associated with a person. The Bailiwick of Guernsey Image Rights legislation enables a personage (see below) to register their personality (and the rights that subsist within that personality). The image right becomes a property right capable of protection under the legislation through registration. Registration enables the image right to be protected, licensed and assigned.

...

Section 1 of the Image Rights (Bailiwick of Guernsey) Ordinance, 2012 describes a personage as a natural person, a legal person, a joint personality – two or more natural or legal persons who are (or who are publically perceived to be) intrinsically linked and who together have a joint personality, a group – two or more natural or legal persons who are (or who are publically perceived to be) linked in a common purpose and who together form a collective group or team, a fictional character – of a human or non human. N.B: the name of the personage does not have to be the same as the name of the registered personality.

...

Section 3 of the Ordinance describes the elements of an Image Right as:

The right for the proprietor of the right to commercially exploit the following personal attributes: voice, signature, likeness, appearance, silhouette, feature, face, expressions (verbal or facial), gestures, mannerisms, any other distinctive characteristics or personal attribute of a personage, any photograph, illustration, image, picture, moving image or electronic or other representation ('picture') of the personage and of no other person (except to the extent that the other person is not identified or singled out or in connection with the use of the picture.

Como se vê na definição acima, o governo de Guernsey considera o direito de imagem como sendo uma propriedade intelectual, podendo pertencer a um indivíduo, um grupo de indivíduos ou de pessoas jurídicas, com a singular expressão “humanos ou não humanos”, a qual, a nosso ver, necessitaria de maior especificação, pois, da forma como está, estende o direito de imagem a coisas, objetos inanimados, a vegetais e animais, indistintamente.

Segundo o art. 9º do Código Civil francês:

Chacun a droit au respect de sa vie privée. ... La première condition que pose le Code civil est qu'une atteinte soit portée à la "vie privée" d'une personne. En d'autres termes, une image captée dans le cadre de la vie publique ne peut porter préjudice à une personnalité publique.

Curioso caso é o do Reino Unido⁶:

Whilst personality rights are well-established under US law, the position in the UK is more complex and ever-evolving. In the UK, there is no standalone right of personality by which a celebrity can protect his likeness. Instead, unauthorised use of that person's image must be challenged under other existing regimes such as passing off, trade mark infringement, data protection, breach of confidence or advertising regulations.

Em outras palavras, no Reino Unido não há uma lei específica cuidando do direito de imagem, o qual, por sua vez, não é dotado de natureza jurídica autônoma. Os questionamentos acerca do direito de imagem e suas violações e limitações são feitos com base em regras de proteção de dados, de regulação de publicidade comercial, uso indevido de nome ou celebridades em transações comerciais ou beneficentes, em violação ao direito de privacidade.

Nos Estados Unidos, o tratamento dado ao direito de imagem é típico de uma república federativa. As regras variam de estado para estado, sendo que vinte e oito estados americanos reconhecem o direito de imagem como autônomo. Ainda, alguns estados americanos aplicam o direito de imagem com base em norma escrita e compilada, e outros o aplicam com base na jurisprudência e costumes. Em todos eles, porém, o direito de imagem está associado à violação de privacidade, apropriação indevida de nome, publicidade comercial, em atenção ao disposto na primeira emenda da constituição americana.

Como se nota, a não ser por alguma característica muito particular de caso a caso, o conceito de direito de imagem tem mais pontos de convergência do que de divergência entre os exemplos citados, mesmo entre os sistemas anglo-saxão e romano-germânico.

Discussão há acerca da autonomia ou não do direito de imagem. Há quem o considere autônomo e há quem o considere ramo do direito à privacidade. Para desatar este nó górdio, cabe uma pergunta: é possível dissociar o exercício do direito de imagem do exercício do direito à privacidade? Cremos que não.

Com efeito, observe-se que o exercício deste direito, a invocação de sua violação e abusos sofridos, passa sempre pela afronta à privacidade de seu detentor. Fotos ou filmagens publicadas indevidamente, imagem pública denegrida, reprodução indevida de nome, marca ou sinal individualizador, dentre outros, mas todos intrinsecamente vinculados à violação da privacidade. Importante não confundir direito de imagem com copyright e direito autoral.

De todas estas definições, que se completam e interagem, pode-se extrair como conceito do direito de imagem para o Brasil:

É o direito individual ou coletivo, ramo do direito à privacidade, ao uso e exploração, comercial ou não, da imagem deste indivíduo ou coletivo, assim compreendidos seu nome, características físicas individualizadoras ou identificadoras, seu corpo, no todo ou em parte, sua voz, marca, sinais indicativos, enfim, toda e qualquer representação exterior, intelectual ou não, que o diferencie de seus pares.

CARACTERÍSTICAS DO DIREITO DE IMAGEM

Dispõe o art. 11 do CC/2002, *in verbis*:

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

O direito de imagem é:

- inalienável: não pode ser negociado, vendido ou transacionado, de forma alguma, seja comercialmente ou não;
- intransmissível: não pode ser transmitido a terceiros, nem mesmo a título gratuito e consensual, pois é direito de personalidade, portanto restrito de forma personalíssima ao seu titular;
- irrenunciável: o titular deste direito não pode a ele renunciar, em proveito próprio ou de terceiros, dado seu caráter personalíssimo e de direito fundamental;
- disponível: embora irrenunciável, inalienável e irrenunciável, o direito de imagem pode, no entanto, ser disponibilizado para uso por seu titular a terceiros, como, por exemplo, nos casos de licenciamento de marcas, comerciais, ações

beneficentes, mediante a devida autorização do titular do direito de imagem ou de seu responsável legal, em situações que não se traduzam em violação a tal direito, à honra do titular.

Há doutrinadores que argumentam ser a expressão “cessão de direito de imagem”, tão difundida, incorreta do ponto de vista jurídico, pois a disponibilidade levaria à licença de uso da imagem, e não sua cessão. Em parte, assiste razão a estes doutrinadores, pois, realmente, se é inalienável e intransmissível, não se pode falar em sua cessão, nem mesmo a título gratuito ou precário.

Como a titularidade do direito de imagem não se desloca da pessoa titular para o da pessoa que o utilizará em veiculação, mas tão somente seu direito de uso, não se fala em cessão, e nem em licença, mas sim em disponibilidade temporária específica de tal direito.

CONSEQUÊNCIAS DA VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM

Decorrente lógica de tudo o que foi dito até agora, a violação ao direito de privacidade e de imagem traz consequências civis e penais.

Pedimos licença para novamente invocarmos o art. 20 do Código Civil brasileiro:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Este artigo nos mostra que o titular do direito de imagem terá direito à devida reparação civil em caso de violação deste seu direito, além das consequências criminais daí advindas.

Em princípio, deixemos claro que o direito de imagem não tem natureza penal, apenas tem natureza constitucional e civil. A apuração dos crimes contra a honra previstos nos arts. 139 e 140 do Código Penal brasileiro é uma decorrência lógica, uma consequência da violação do direito, consequência esta que resulta em condutas criminais autônomas.

Do ponto de vista do direito civil, salvo exceções, se o titular do direito de imagem não autorizou sua utilização, reprodução e divulgação, poderá (atenção para o verbo) ter direito à indenização correspondente, em caso de este uso de sua imagem ofender-lhe a honra, a boa fama ou a respeitabilidade.

Assim, quanto à indenização por danos materiais advindos da violação ao direito de imagem, o cálculo da indenização é feito levando-se em conta na natureza dos danos, o valor pecuniário destes danos e as condições financeiras do indenizante, do indenizado e o reflexo do dano no patrimônio deste último.

A indenização por danos morais advinda da violação ao direito de imagem, intimamente ligada também aos conceitos de boa fama, respeitabilidade e honra, também leva em conta as condições financeiras do indenizante e do indenizado, porém observa critérios subjetivos, de livre convencimento do juiz na formação de sua convicção. O abalo psicológico produzido na vítima pela violação, suas

consequências, o grau de constrangimento por ela sofrido, por vezes variam de uma para outra vítima, gerando quantias reparadoras díspares.

O Superior Tribunal de Justiça considera o valor do bem jurídico lesado e os precedentes jurisprudenciais na construção deste *quantum* indenizatório:

STJ – SÚMULA Nº 37 – São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

STJ – SÚMULA Nº 227 – A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

Do ponto de vista criminal, a violação ao direito de imagem pode resultar nas condutas descritas nos arts. 139 e 140 do Código Penal brasileiro, respectivamente difamação e injúria. Também no art. 240 da Lei nº 8069/90 temos que a exposição ou compartilhamento de imagens com teor sexual de crianças e adolescentes importa em pena de reclusão de quatro a oito anos.

LIMITAÇÕES AO DIREITO DE IMAGEM

As limitações ao direito de imagem são exatamente aquelas ressalvas e exceções expressas em lei e também as consideradas jurisprudencial e doutrinariamente.

A primeira delas, que é a autorização do titular do direito de imagem para seu uso e exploração, não guarda qualquer controvérsia e não necessita de maiores considerações. Por certo existe a possibilidade de discussão acerca da coação moral irresistível ou o vício de consentimento que podem ser sofridos pelo titular na manifestação da mencionada autorização, mas não é este o foco de análise deste artigo.

A manutenção da ordem pública e o interesse da administração da justiça estão expressos no art. 20 do Código Civil brasileiro. O interesse público, informativo e educacional estão na doutrina e jurisprudência. Sem esquecer o uso não comercial e a não ofensa à honra e boa fama também.

Parece que a manutenção da ordem pública, o interesse da administração da justiça, o uso informativo, educacional, são limitações ao direito de imagem que poderiam inserir-se no interesse público.

Caso o titular do direito de imagem não tenha autorizado o uso, reprodução e divulgação desta imagem, mas tal uso tenha sido feito em prol de alguma das finalidades descritas no parágrafo anterior, poderá não ser considerado lesado o bem jurídico protegido pelo direito de imagem.

São fartos, na doutrina e na jurisprudência, os casos em que o direito de imagem foi confrontado com outros direitos, como o direito à informação, por exemplo. A reprodução e divulgação da imagem de alguém, ainda que sem seu consentimento, pode não ferir o direito de imagem, por exemplo, em caso de notícias de interesse público ou ações oficiais do estado em prol do bem comum.

Considera a jurisprudência que, em casos tais, há colisão de princípios constitucionais, que se resolve pela ponderação de princípios, na qual o interesse público sobrepuja o particular.

Na ADI 4815, o Supremo Tribunal Federal fez as seguintes considerações⁷:

PLENÁRIO

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.815 DISTRITO FEDERAL RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA REQTE.(S): ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS – ANEL ADV.

(A/S): GUSTAVO BINENBOJM INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPUBLICA INTDO.(A/S): PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO AM. CURIAE.: INSTITUTO HISTÓRICO E GEOGRÁFICO BRASILEIRO – IHGB ADV.(A/S): THIAGO BOTTINO DO AMARAL AM. CURIAE.: ART. 19 BRASIL ADV.(A/S): CAMILA MARQUES BARROSO E OUTRO(A/S) AM. CURIAE.: ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS ADV.(A/S): ALBERTO VENANCIO FILHO E OUTRO(A/S) AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO EDUARDO BANKS ADV.(A/S): ROBERTO FLÁVIO CAVALCANTI AM. CURIAE.: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – CFOAB ADV.(A/S): OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO JÚNIOR E OUTRO(A/S) ADV.(A/S): MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO AM. CURIAE.: INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SAO PAULO – IASP ADV.(A/S): IVANA CO GALDINO CRIVELLI E OUTRO(A/S) AM. CURIAE.: INSTITUTO AMIGO ADV.(A/S): MARCO ANTONIO BEZERRA CAMPOS E OUTRO(A/S)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI Nº 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVOLABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO.

1. A Associação Nacional dos Editores de Livros – Anel congrega a classe dos editores, considerados, para fins estatutários, a pessoa natural ou jurídica à qual se atribui o direito de reprodução de obra literária, artística ou científica, podendo publicá-la e divulgá-la. A correlação entre o conteúdo da norma impugnada e os objetivos da Autora preenche o requisito de pertinência temática e a presença de seus associados em nove Estados da Federação comprova sua representação nacional, nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada.

2. O objeto da presente ação restringe-se à interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil relativas à divulgação de escritos, à transmissão da palavra, à produção, publicação, exposição ou *utilização da imagem de pessoa biografada*.

3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceado pelo Estado ou por particular.

4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações.

5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa.

6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei.

7. *A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem.*

8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, *há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias.*

9. Ação direta julgada procedente para *dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes).*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas). Falaram, pela requerente Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL, o Dr. Gustavo Binenbojm, OAB/RJ 83.152; pelo *amicus curiae* Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro – IHGB, o Dr. Thiago Bottino do Amaral, OAB/RJ 102.312; pelo *amicus curiae* Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, o Dr. Marcus Vinicius Furtado Coelho, OAB/PI 2525; pelo *amicus curiae* Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, a Dra. Ivana Co Galdino Crivelli, OAB/SP 123.205-B, e, pelo *amicus curiae* INSTITUTO AMIGO, o Dr. Antônio Carlos de Almeida Castro, OAB/DF 4107. Ausente o Ministro Teori Zavascki, representando o Tribunal no simpósio em comemoração aos 70 anos do Tribunal de Disputas Jurisdicionais da República da Turquia, em Ancara.

Brasília, 10 de junho de 2015. Ministra CÁRMEN LÚCIA – Relatora (grifo nosso)

Apesar de o caso tratado em tal decisão não ser idêntico ao ora analisado, é inegável que o STF fez considerações que funcionam como precedentes para casos tais. Ao referir-se à prevalência da liberdade sobre o direito de imagem, ao especificar que na ponderação de princípios o interesse público, o direito de informação, a liberdade de expressão sobrepujam o direito de imagem em certos casos, inclusive estando em jogo a memória de titular falecido, o tribunal inicia um precedente que, se pode ser aplicado a pessoa de renome e identificada (apesar do chamado ônus de suportabilidade), quanto mais o será a pessoa não identificada.

O ônus de suportabilidade nada mais é do que aquele suportado pelas pessoas públicas, de cuja imagem se pressupõe a exposição, como intrínseca à sua profissão ou *status*. Mas atenção: este ônus de suportabilidade tem limites. Caso a pessoa pública seja fotografada ou filmada em situação que se traduza em exploração de sua imagem com resultados danosos a sua honra e imagem, extrapolando-se os limites da boa-fé, ou explorando economicamente sua imagem sem a devida autorização, é possível falar em ofensa a tal ônus.

Nos casos em que o titular do direito de imagem é fotografado ou filmado em multidão ou grupo de pessoas, sem individualização, também não se fala em ofensa ao referido direito.

Nos casos em que o titular do direito de imagem, mesmo não autorizando, tem sua foto ou filmagem divulgada, porém isto não lhe feriu a honra, a boa fama e a respeitabilidade, também não se fala em violação a tal direito.

No caso em análise, a foto ou filmagem de alunos, em ambiente escolar, para diretriz governamental e políticas do Ministério da Educação, constitui documento informativo, de interesse público, sem individualização, de uso não comercial, sem ofensa à honra do fotografado ou filmado, não sendo, portanto, ofensiva ao direito de privacidade ou de imagem e nem necessitando de autorização prévia. Caso contrário, que falar das imagens deprimentes de crianças dançando músicas de conteúdo sexual em salas de aula, que circulam livremente pelas redes sociais, sem qualquer questionamento por quem compete?

Importante lembrar que, a de se considerar genericamente ofensiva a produção e divulgação de fotos e vídeos de alunos de uma escola cantando o hino nacional, seriam todos os cidadãos brasileiros jogados na vala comum do crime e do dever de indenizar, cuja sanha, sabe-se, por vezes é incontrolável.

Vivemos numa era digital, em que as redes sociais transformaram o homem e sua relação com os meios de comunicação. Estes, por sua vez, também estão em franca alteração, vivendo um processo de transição e identidade. O entendimento de que a diretriz do Ministério da Educação teria violado direito de imagem significa considerar que aquele informativo publicado na rede social, e que nem sempre é dotado de cunho jornalístico profissional também poderá ser responsabilizado, apesar de informar igual a um jornal ou TV tradicionais.

O STJ assim expõe⁸:

Impacto da internet

O tratamento jurídico das questões que envolvem a internet e o ciberespaço se tornou um desafio dos tempos modernos, uma vez que os progressivos avanços tecnológicos têm levado à flexibilização e à alteração de alguns conceitos jurídicos até então sedimentados, como liberdade, espaço territorial, tempo, entre outros. O direito à imagem se encaixa neste contexto, pois traz à tona a controvertida situação do impacto da internet sobre os direitos e as relações jurídico-sociais em um ambiente desprovido de regulamentação estatal.

Em maio do ano passado, a Quarta Turma do STJ definiu que a justiça brasileira pode ser acionada em caso de violação no exterior ao direito de imagem, constatada pela internet, sendo que o contrato entre as partes fixava a Espanha como foro e envolvia uma cidadã que vive no Brasil.

Para o relator do caso (Resp. 1.168.547), ministro Luis Felipe Salomão, a demanda pode ser proposta no local onde ocorreu o fato, ainda que a ré seja pessoa jurídica, com sede em outro lugar, pois é na localidade em que reside e trabalha a pessoa prejudicada que o evento negativo terá maior repercussão.

O ministro lembrou que a internet pulverizou as fronteiras territoriais e criou um novo mecanismo de comunicação, mas não subverteu a possibilidade e a credibilidade da aplicação da lei baseada nos limites geográficos. Assim, para as lesões a direitos ocorridos no âmbito do território brasileiro, em linha de princípio, a autoridade judiciária nacional detém competência para processar e julgar o litígio, arrematou Salomão.

...

Denúncia

Em outro julgamento realizado no STJ, a Sexta Turma concedeu habeas corpus para excluir da denúncia a parte em que o Ministério Público do Distrito Federal (MPDFT) fez constar a

fotografia do acusado. Os ministros consideraram que a inserção da fotografia de um acusado como elemento identificador da peça acusatória viola o direito de imagem e também o princípio matriz de toda ordem constitucional: a dignidade da pessoa humana (HC 88.448).

No caso, a Defensoria Pública, em seu recurso, afirmou que só é possível por imagem na ação penal se não houver identificação civil ou por negativa do denunciado em fornecer documentação pessoal.

O relator do caso, ministro Og Fernandes, concluiu que a matéria não fere o direito de locomoção do acusado. No entanto, considerou que é desnecessária a digitalização da foto na denúncia, ainda mais quando o acusado já se encontra devidamente identificado nos autos.

Manter o entendimento dos que esposam a tese da violação do direito de imagem no presente caso torna cada um de nós, que publicou por conta própria, ou compartilhou imagens das crianças nas escolas cantando o hino, potencial criminoso e devedor civil.

Ora, dados os princípios do não retrocesso legal e da alteridade, não se pode admitir a criação de norma (extensivo ao entendimento jurisprudencial) destinada a constranger a liberdade individual de quem não seja criminoso e adote comportamento cuja aceitação social protraída no tempo causa sua sedimentação.

DIFERENÇA ENTRE USO E EXPLORAÇÃO DO DIREITO DE IMAGEM

Cabe, aqui, pensar numa diferença conceitual e prática entre “uso” e “exploração” da imagem.

Do ponto de vista estritamente conceitual, o uso da imagem é gênero, do qual a exploração é espécie. Toda exploração constitui uso, porém nem todo uso é sinônimo de exploração.

O uso da imagem é uma atividade, gratuita ou não, comercial ou não, autorizado ou não, exercida pelo titular do direito ou por terceiro.

A exploração da imagem é todo uso no qual haja uma finalidade comercial, publicitária, paga, que dissemine a representação da imagem do titular do seu direito.

Esta exploração será constitucional, legal, regular, conforme seja exercida pelo próprio titular ou por terceiro a quem foi disponibilizado tal uso precário, mediante devida autorização, em qualquer caso sempre com finalidade lícita, ou ainda nos casos excepcionais previstos em lei, tais como interesse público, sem danos à honra do titular etc.

A exploração será inconstitucional, ilegal, irregular, caso exercida pelo próprio titular com finalidade ou meio ilícito, ou sem a devida autorização do titular do direito, fora das exceções previstas em lei e já mencionadas.

Do ponto de vista prático, esta distinção estabelece a diferença entre o abuso ou não do direito de imagem, do direito ou não à respectiva reparação civil. A jurisprudência brasileira tem entendido que a ação para cessar o uso indevido da imagem e consectária indenização envolve uma obrigação de não fazer e deve balizar-se por dois critérios principais: a exploração econômica da imagem e o dano à honra do representado nesta imagem.

Tal dano, por sinal, é presumido, conforme dispõe a súmula 403 do STJ:

Súmula 403 – Independe de prova ou prejuízo a indenização pela publicação não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.

CONCLUSÃO

O direito de imagem não pode ser exercido sem a invocação do direito à privacidade, à honra e a boa-fé. Assim, o direito de imagem é subespécie da espécie direito à privacidade, o qual, por sua vez, é espécie do gênero direito fundamental à dignidade da pessoa humana.

Na ponderação de princípios entre o direito de imagem e o direito de liberdade de expressão e de acesso à informação, prevalece o interesse público sobre o particular, sendo exceção a esta regra a ocorrência de má-fé, danos à imagem, à honra do titular do direito ou seu exercício sem a devida autorização de tal titular.

O uso de imagens de crianças cantando o hino nacional nas escolas não fere o direito de imagem, dado que tal uso tem finalidade de interesse público, em ação legítima de política governamental, e não individualiza os representados na imagem, não ferindo-lhes a honra. 📄

NOTAS

- 1 FRANCIULLI NETTO, Domingos, A Proteção ao Direito à Imagem e a Constituição Federal, [///C:/Users/libero.filho/Documents/442-1637-1-PB.pdf](file:///C:/Users/libero.filho/Documents/442-1637-1-PB.pdf)
- 2 FRANCIULLI NETTO, Domingos, op. Cit.
- 3 FRANCIULLI NETTO, Domingos, op. Cit.
- 4 FRANCIULLI NETTO, Domingos, op. Cit.
- 5 <http://ipo.guernseyregistry.com/article/103037/What-are-Image-Rights>; <https://www.gov.gg/parliament#selectednavItem150836>
- 6 [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-521-4902?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-521-4902?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1)
- 7 <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308558531&ext=.pdf>
- 8 www.stj.gov.br

REFERÊNCIAS

www.stj.gov.br

<file:///C:/Users/libero.filho/Documents/DIREITO%20DE%20IMAGEM%20CORTE%20EUROPEIA.pdf>

A Proteção ao Direito à Imagem e a Constituição Federal DOMINGOS FRANCIULLI NETTO Ministro do Superior Tribunal de Justiça <file:///C:/Users/libero.filho/Documents/442-1637-1-PB.pdf>

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308558531&ext=.pdf>

<http://ipo.guernseyregistry.com/article/103037/What-are-Image-Rights>

<https://www.gov.gg/parliament#selectednavItem150836>

[https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-521-4902-?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-521-4902-?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1)



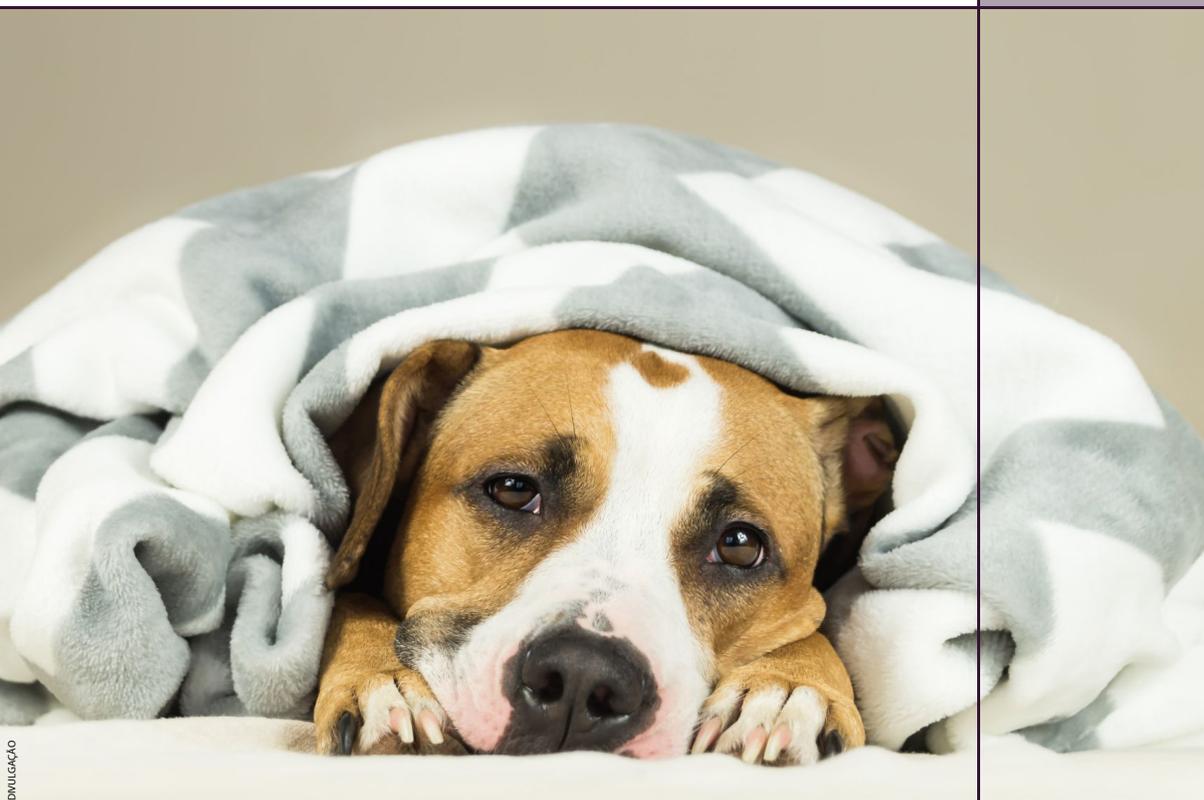
ARQUIVO PESSOAL

LÍBERO PENELLO DE CARVALHO FILHO é Delegado Regional de Polícia Civil no Estado do Espírito Santo. Graduado em Direito. Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Buenos Aires – Argentina. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Especialista em Direito e Processo Penal. Escritor. Pesquisador. Professor universitário de graduação em Direito, Ciências Políticas e de pós-graduação em Direito e em Gestão Pública. Membro da Sociedade Internacional de Direito Criminal (International Criminal Law Society – Berlim – Alemanha). Sócio efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior – São Paulo (Seção brasileira da Société Internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale – SIDTSS – Suíça). Membro da Société Française pour le Droit International – Université Paris Ouest Nanterre La Défense – Paris – França. Membro do Institut des Hautes Études sur la Justice – IHEJ – Paris, França. Membro do Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário – IBRAJUS. Membro do Instituto Histórico e Geográfico do Espírito Santo. Membro da Association Internationale de Droit Pénale – Paris – França. Membro da Academia Capixaba de Letras, Artes, Poetas e Trovadores.

Incômodo provocado por animais de estimação em condomínio

por FERNANDO BORGES VIEIRA E MÔNICA GISELE DE SOUZA RIKATO

“Só tenha um animal de estimação se puder cuidar do mesmo com toda atenção, carinho e respeito; não tenha um animal de estimação se tiver de deixá-lo abandonado durante o dia inteiro pois, além de certamente incomodar os vizinhos, seu animal estará em sofrimento, com o que não podemos coadunar.”



Não raras vezes moradores se queixam do incômodo provocado por animais de estimação pertencentes a proprietário ou possuidor de imóvel vizinho. Esta questão é tutelada pelo direito de vizinhança, o ramo do direito civil que se ocupa em regrear e solucionar os conflitos e interesse causados pelas recíprocas interferências entre propriedades imóveis próximas.

Preconiza o *caput* do art. 1.277 do Código Civil que o proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.

A manutenção de animais em condomínio só pode ser vedada ou restringida, em caso de comprovação de importunação ao sossego, à saúde ou à segurança.

Importa salientar, a convenção condominial não pode proibir a permanência dos animais domésticos, uma vez que o direito de propriedade é garantido pela Constituição Federal, assegurando-se seu livre exercício.

A convenção condominial, embora conserve caráter normativo, é documento formulado por particulares, para regrear a convivência social em propriedades em comum; logo, só pode determinar regras gerais que visem garantir a paz social e a boa convivência e que vigoram entre e para os condôminos – no tocante aos animais tem o poder de regrear os limites à utilização das áreas exclusivas e a utilização das áreas comuns.

Certo é, muito embora possa estabelecer regras que limitam a utilização da área comum como, por exemplo, determinar que os donos e seus animais apenas possam circular em determinadas áreas, determinar que os animais sejam conduzidos por coleiras e não soltos ou determinar que os animais de estimação sejam transportados pelo elevador de serviços.

Ressalte-se, há quem compreenda que a proibição de cão em elevador e a obrigação quando ao uso de focinheira podem ensejar a caracterização de maus-tratos aos animais capitulado pelo art. 32 da Lei 9.605/98 e art. 3º, inciso I, do Decreto 24.645/34.

Outrossim, há quem também compreenda que a insistência de que o tutor deve carregar seu animal no colo nas áreas comuns do condomínio, enseja a possibilidade de se pleitear indenização por danos morais por constrangimento ilegal consoante a regra do art. 146 do Código Penal.

Com a devida vênia, discordamos deste posicionamento, pois não nos parecer que tais ações caracterizem maus-tratos ou constrangimento legal, sobretudo porque tutelam o interesse maior da coletividade, com maior razão a segurança das pessoas.

Muito embora se possa estabelecer regras a respeito da utilização das áreas comuns, não se pode proibir que condôminos possuam animais de estimação, pois se trata de direito correlato ao direito de propriedade constitucionalmente garantido.

Todavia, este direito não é absoluto e comporta sim restrição, qual seja, o desacato ao direito à saúde, à segurança e ao sossego dos condôminos e vizinhos.

Como proceder, então, na hipótese de animal de estimação provocar dano à segurança, saúde ou sossego de condôminos ou vizinhos?

Recomendamos os seguintes passos:

1) reúna provas – gravações de áudio e vídeo e prova testemunhal, convocando vizinhos ou até mesmo empregados do condomínio para que presenciem o incômodo;

2) converse com seu vizinho e busque compor-se de forma amigável;

3) se não houver acordo, registre formalmente reclamação ao síndico, encaminhando-lhe as provas colhidas e esclarecendo que já superou as tratativas diretas;

4) não sendo solucionada a questão, lavre Boletim de Ocorrência na Delegacia de Polícia mais próxima à sua residência em razão da perturbação da paz;

5) não sendo solucionada a questão, notifique extrajudicialmente seu vizinho e condomínio, colacionando cópia do Boletim de Ocorrência e as demais provas; e

6) não havendo solução, ajuíze ação judicial com pedido de cominação de multa diária por dia de continuação da perturbação.

Chamamos atenção ao fato de que estas medidas só terão cabimento se a violação à saúde, segurança, ou sossego for real e tão grave que as justifique, lembrando-se que a “culpa” não é o animal e sim de seus tutores que, muitas vezes, os deixam abandonados.

Trazemos breve síntese de recomendações aos proprietários de animais em condomínios:

- O condômino pode manter animais em casa ou apartamento;
- O condômino pode receber visitas com seus animais;
- Os animais não devem ser transportados pelo elevador de serviço;
- Cães não precisam usar focinheira, desde que não ofereçam riscos;
- Cães de grande porte ou agressivos não devem utilizar focinheira quando transportados;
- Os animais não devem ser transportados em coleira ou guia;
- Não se permita que crianças pequenas passem com seus animais sem a supervisão de um responsável;
- Prezar pela saúde, segurança e sossego de condôminos, empregados e visitantes;
- Prezar pela higiene na área comum e privada; e
- Prezar pelo controle de barulhos provocados pelos animais.

Por fim, nossa última e mais importante recomendação: só tenha um animal de estimação se puder cuidar do mesmo com toda atenção, carinho e respeito; não tenha um animal de estimação se tiver de deixá-lo abandonado durante o dia inteiro pois, além de certamente incomodar os vizinhos, seu animal estará em sofrimento, com o que não podemos coadunar. 🚫



FERNANDO BORGES VIEIRA é Advogado desde 1997 – Sócio Administrador de Fernando Borges Vieira Sociedade de Advogados e Owner e Legal Coach de Lawyers Coaching/Desenvolvimento de Performance e Competências Jurídicas – Especialista em Compliance (Insper) – Especialista em Compliance Anticorrupção (LEC) – Especialista em Liderança (FGV – GVlaw) – Especialista em Direito Processual Civil (CPPG/FMU) – Certificado em Compliance Anticorrupção (LEC) – Personal, Professional e Leader Coach pela Sociedade Brasileira de Coaching (SBC) – Professor de Pós-Graduação Direito Processual do Trabalho – Diretor do Núcleo de Direito Processual do Trabalho da OAB/SP/Jabaquara – Membro da Comissão Especial de Coaching Jurídico da OAB/SP – Associado Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP) – Associado à Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) – Associado à Associação Brasileira dos Advogados Trabalhistas (ABRAT) – Associado à Associação dos Advogados Trabalhistas do Estado de São Paulo (AATSP) – Associado ao Instituto Brasileiro de Compliance (IBC) – Associado ao Instituto de Compliance do Brasil (ICB) – Palestrante OAB/SP e Escola Paulista de Advocacia – Autor e coautor de obras e relevantes artigos jurídicos.



MÔNICA GISELE DE SOUZA RIKATO é Advogada desde 2011, Bacharela em Direito (PUC), Bacharela em Jornalismo (PUC), Especialista em Direito Imobiliário (Escola Superior em Direito) e Coordenadora da unidade de Fernando Borges Vieira Sociedade de Advogados em Sumaré e região.

A servidão nossa de cada dia

POR RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

IMAGENS

“A sua lição fundamental é que devemos ser determinados e intransigentes em não nos submeter a quem quer que seja, não aceitando amarras ou mordanças, ainda que impostas pelo poder. Se o fazemos, seremos livres. Se não, seremos servos, voluntariamente, pois “somos naturalmente livres, somos todos companheiros e ninguém pode julgar que, tendo nos criado todos iguais, a natureza tenha prescrito a alguém a servidão.””

Étienne de La Boétie foi um humanista e filósofo francês do século XVI que viveu apenas trinta e dois anos, entre os anos 1530 e 1563. Era amigo de Montaigne, a quem coube divulgar, *post mortem*, a sua obra, especialmente um opúsculo que La Boétie deu o nome de “Sobre a Servidão Voluntária”, publicado dezoito anos após a sua morte, e que está contido originalmente no Capítulo XXVIII do Livro I dos “Ensaio”, de Montaigne.

Ele escreveu este pequeno e valioso discurso muito jovem (possivelmente entre os dezesseis e dezoito anos), quando a Europa, e a França mais especialmente, carecia de liberdade política e religiosa. Sobre este fato, Montaigne escreveu em “Ensaio”:

“Se, na idade mais madura em que o conheci, tivesse empreendido um projeto como o meu, de colocar no papel suas divagações, veríamos muitas coisas preciosas e que nos aproximariam da glória da antiguidade, pois particularmente neste âmbito tinha um dom natural, e desconheço quem lhe seja comparável. Mas nada restou dele senão esse discurso – e por efeito do acaso, pois creio que nunca o reviu depois que lhe escapou – e algumas memórias sobre esse édito de janeiro, célebre por nossas guerras civis, *que ainda não de encontrar alhures seu lugar*. Escutemos um pouco sobre esse rapaz de dezesseis anos.” (Grifei, posto muito significativo hoje).

Esta obra é, sobretudo, uma ode à liberdade e um alerta contra a servidão humana e a tirania do poder. Nada obstante ter sido escrito quando o foi, há lições neste discurso que servem muito bem para os dias de hoje. Esta pequena obra foi escrita, como afirmou Paul Bonnefon – editor francês do final do século XIX, especializado em Montaigne, Rousseau e La Boétie – por um jovem, entusiasmado e convicto “defensor da liberdade e da igualdade religiosa, impulsionado por sua natureza corajosa, levado por seu coração fervoroso e flexível.” (Introdução à obra de Etienne de La Boétie).

Se não há tiranos como os havia quando La Boétie escreveu este ensaio – há quase meio século! –, tampouco a servidão de que ele falava, o certo é que a nossa contemporaneidade e o modo em que vivemos hoje, mostra-nos novos tipos de servidão e de tiranos. O que dizer, por exemplo, da servidão ao consumismo, ao dinheiro, ao mercado, ao poder, aos cargos públicos, à carreira; o que dizer também da servidão à competitividade entre nós, ao amor ao supérfluo e ao líquido (Bauman).

Ademais, a noção que o livro dá sobre a liberdade humana, e a sua dimensão para a existência, é de uma atualidade impressionante. Seríamos ainda hoje mesmo livres? E, se não, por que alguém seria capaz de recusar gozar deste valor tão especial para a existência humana, submetendo-se voluntariamente, ainda que se sabendo ser “a servidão amarga e a liberdade doce.”

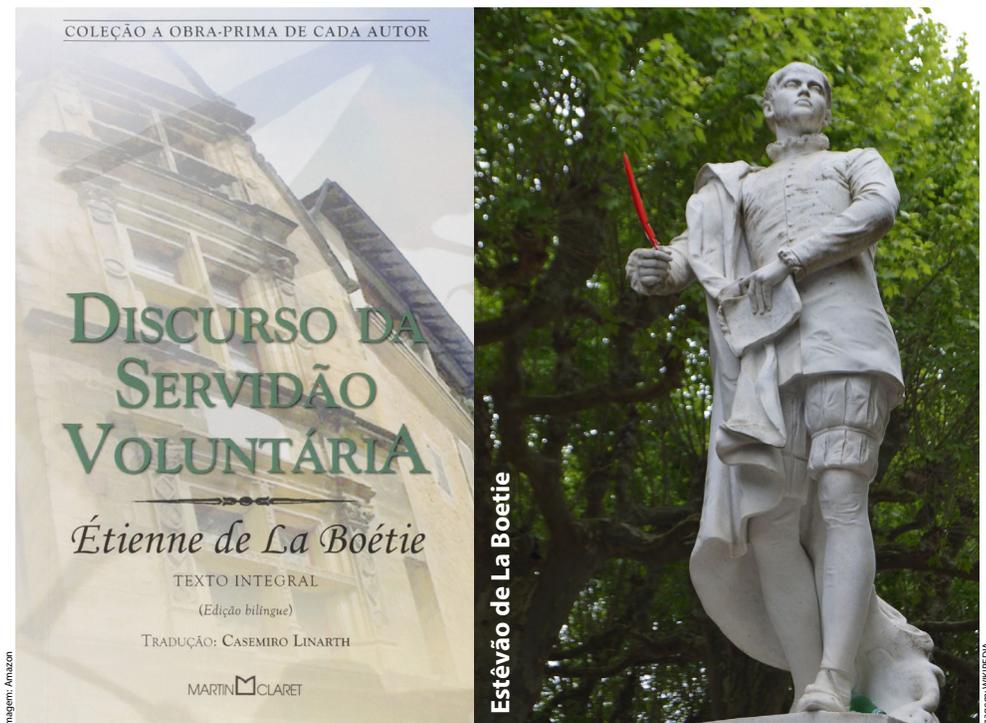
Etienne – um “humanista passional e generoso”, como escreveu Montaigne – leva-nos a refletir, a partir dos dias atuais, qual a razão que leva alguém a se submeter a outrem, a abrir mão de sua liberdade, este “bem tão importante e desejável que, uma vez perdido, acarreta todos os males de uma só vez, e os bens que sobrevivem a ela perdem inteiramente seu gosto e sabor, corrompidos pela servidão.”

Leva-nos a pensar se, efetivamente, a servidão é mesmo uma imposição ou se, ao contrário, submetemo-nos a ela voluntariamente, em razão de um certo conformismo com a submissão, algo que chega mesmo a ser desejado (ou escolhido voluntariamente) por quem se submete. Eis um enigma, pois “a natureza do homem é ser livre e desejar sê-lo.”

E, se assim o é, podemos então nos livrar da servidão se tentarmos, não sendo “preciso nem mesmo agir, basta querer fazê-lo”:

“SEDE RESOLUTOS EM NÃO SERVIR MAIS, E ESTAREI LIVRES”

Como é possível, escreveu ele, “que tantos homens, tantos burgos, tantas cidades, tantas nações tolerem, por vezes, um tirano sozinho, cujo único poder é aquele que lhe conferem. Coisa espantosa, certamente, mas tão comum que cumpre mais lamentar que abismar-se ao ver centenas de milhões de homens servindo miseravelmente, com o pescoço sob jugo, obrigados não por uma força maior, mas simplesmente (ao que parece) encantados e seduzidos pelo nome de um homem só, cujo poder não precisam temer, pois é um só, e cujas qualidades não podem amar, pois é desumano e selvagem para com eles.”



Ele cuida bem da questão do poder e de como quem o exerce sabe cooptar alguns para também oprimirem o povo. Seriam, digamos..., uns vassallos do poder máximo e reproduziriam a opressão vinda desde o topo da pirâmide.

O poder não precisa, necessariamente, ser derrubado de seu posto, apenas não devemos mais tolerá-lo, diz La Boétie, pois veremos, “como um grande colosso do qual se retirou a base, ruir sob o próprio peso.”

A sua lição fundamental é que devemos ser determinados e intransigentes em não nos submeter a quem quer que seja, não aceitando amarras ou mordças, ainda que impostas pelo poder. Se o fazemos, seremos livres. Se não, seremos servos, voluntariamente, pois “somos naturalmente livres, somos todos companheiros e ninguém pode julgar que, tendo nos criado todos iguais, a natureza tenha prescrito a alguém a servidão.”

Portanto, “são os próprios povos que se deixam ou, ainda, se fazem maltratar, pois ao pararem de servir estariam livres; é o povo que se subjuga, que corta a própria garganta, que, podendo escolher entre servir ou ser livre, abandona a liberdade e toma o jugo, que consente com seu infortúnio e até mesmo o busca.”

E, evidentemente, não se trata de uma utopia, mesmo porque só se aprisiona verdadeiramente aquele que se quer ser aprisionado, abrindo mão de sua liberdade. Nascemos não apenas com a posse de nossa liberdade, “mas também com o desejo de defendê-la.”

La Boétie afirma não ser preciso combater ou derrotar a tirania – pois ela “derrota a si mesma.” O que importa, na verdade, é “que o país não consinta com sua servidão; não é preciso tirar-lhe algo, e sim dar-lhe nada; o país não precisa esforçar-se em fazer algo por si mesmo, contanto que não faça nada contra si mesmo.”

A tirania e, portanto, o tirano é como o fogo ou uma árvore, na comparação do filósofo:

“Sabe-se que o fogo de uma pequena faísca cresce e se intensifica sempre, pois, quanto mais lenha encontra, mais lenha se apresta a queimar; contudo, ao se retirar a lenha, sem jogar água para apagá-lo, ele não tem mais o que consumir e consome a si mesmo, perdendo a força e deixando de ser fogo.” Já uma árvore, da mesma forma, quando a sua raiz “está desprovida de humor ou alimento, faz o galho secar e morrer.”

Dá-se o mesmo com os tiranos: “quanto mais saqueiam, mais exigem, mais arruinam e destroem, e, quanto mais se lhes concede e lhes serve, mais se fortalecem, prontificando-se com mais vigor a aniquilar e destruir tudo; e se são desafiados, se são desobedecidos, sem qualquer combate ou luta, tornam-se desnudos, derrotados, reduzidos a nada.”

Quanto a eles, a sua estupidez “sempre o impede de praticar ações benevolentes, mas, de alguma forma, o pouco que têm de inteligência acaba se revelando em sua crueldade, principalmente aquela praticada contra os mais próximos.”

O tirano “não ama, nunca amou. A amizade é um nome sagrado, uma coisa santa; só se dá entre pessoas de bem e só sobrevive pelo apreço mútuo; e se baseia não tanto em favores, mas na boa vida e não pode haver amizade onde há crueldade, onde há deslealdade, onde há injustiça; o verdadeiro pilar da amizade é a equidade e cujas partes, para que a relação não claudique, devem estar em pé de igualdade.”

A conclusão a que chega Etienne, sobre o fato de a servidão ser sempre voluntária, está exatamente no costume e assim dizem os servos, acomodados..., que:

“Sempre foram subjugados, que seus pais viviam assim; pensam que estão fadados a tolerar o mal e convencem-se disso citando exemplos. Servem voluntariamente porque nascem servos e assim são criados”, transformando-se “com facilidade em covardes.”

Obviamente que nem todos aceitam e se conformam com tal subserviência, pois há alguns, “mais virtuosos que outros, *que reagem quando sentem o peso do jugo, jamais tomam gosto pela sujeição e buscam por seus privilégios naturais e a lembrança de seus predecessores e sua essência ancestral.*” (Grifei também, posto lindo).

São estes homens e mulheres que sempre existiram e sempre existirão “que, com um arbítrio claro e um espírito visionário, não se contentam, como o grande populocho, em observar o que está diante de seus olhos sem analisar o antes e o depois e sem rememorar as coisas passadas para julgar as do futuro e medir as do presente.”

Uma tal gente assim, “mesmo que a liberdade percesse por completo e desaparecesse do mundo, eles a imaginariam e a sentiriam em sua alma, ainda a saboreariam, e o gosto da servidão não lhes agradaria, por mais disfarçado que estivesse. A liberdade de fazer, de falar e quase de pensar lhes é totalmente retirada sob o regime tirânico, e esses cidadãos tornam-se singulares em suas fantasias.” Diria eu: em suas fantasias libertárias!

Portanto, “as táticas tirânicas que visam à servidão voluntária aplica-se tão somente às gentes miúdas e grosseiras.”

Não sejamos, então, umas tais destas gentes.

Que lição para nós de hoje! 🚩



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

Como se planejar para transição de carreira?

POR LETICIA CAMARGO

“Estou em transição de carreira e minha renda atual vem de meus investimentos. Enquanto não me re-coloco no mercado de trabalho, como devo investir para preservar este capital?”



Caro(a) leitor(a),
Planejamento e disciplina são fatores extremamente importantes neste momento de transição, principalmente para que tudo transcorra sem lhe trazer complicações financeiras. O fato de estar procurando auxílio profissional já é um grande passo para isso.

Para começar, sugiro que você descubra qual é o valor da sua despesa atual, colocando tudo que gasta em uma planilha, um aplicativo ou até mesmo em um bloco de papel.

Com base nessas informações, você deve identificar o que são desperdícios que podem ser cortados, em quanto poderá limitar os supérfluos e como pode economizar nos gastos essenciais. Tente avaliar a real necessidade de cada um desses serviços e faça uma rodada de renegociações com todos eles.

Verifique também se é possível passar para planos ou pacotes mais simples, pelo menos nesse primeiro momento em que ainda estiver no processo de realocação.

Com esses dados em mãos, calcule quantos meses poderá viver com sua reserva, dividindo-a pelo total de gastos mensais. Procure descobrir qual o tempo médio de realocação de um profissional na sua área e analise se o cálculo anterior lhe deixará com um prazo confortável. Caso contrário, reavalie a sua planilha de gastos e tente dar mais uma enxugada nas despesas. O momento é de simplificar a sua vida e tentar enquadrar-se no que realmente é primordial.

O montante que será necessário para o seu sustento neste período de transição (de preferência com alguma folga) deverá estar investido em produtos financeiros bem conservadores, ou seja, que tenham baixo risco. Deverá também possuir boa liquidez, o que quer dizer que poderá ser resgatado/vendido a qualquer momento sem perda significativa de valor.

Esses recursos poderão ser aplicados em fundos de investimento DI, CDB DI de bancos com boa qualidade de crédito ou Tesouro Selic. De preferência, que tenham baixas taxas de administração/custódia e/ou que paguem um alto percentual do CDI.

De outro lado, procure evitar ao máximo os produtos com maior risco de crédito, de instituições que podem deixar de honrar seus compromissos de uma hora para a outra. Pois, mesmo que o produto seja garantido pelo Fundo Garantidor de Créditos (FGC), o que ninguém quer nesse momento é ter preocupações com a falta de dinheiro devido à quebra da instituição para a qual o dinheiro foi emprestado.

Mais um alerta: é importante estar atento(a) à inflação. Investindo em produtos conservadores, existe o risco da perda do poder de compra se a rentabilidade dos investimentos não conseguir nem acompanhar o aumento do seu custo de vida. Sendo assim, é importante procurar conseguir uma rentabilidade acima da inflação para o seu patrimônio, ou seja, com juros reais positivos, para manter o poder de compra e ainda obter um ganho real.

Por fim, é importante manter a calma e ser persistente na disciplina de cumprir o que foi planejado quanto aos seus gastos no período. Com as finanças em dia, você terá muito mais tranquilidade para ir atrás de uma nova colocação em sua área de trabalho!

Um bom planejamento financeiro pode lhe ajudar a organizar as ideias e o auxílio de um profissional certificado pode ser um facilitador. 📌



LETICIA CAMARGO é planejadora financeira pessoal e possui a certificação CFP® (Certified Financial Planner), concedida pela Planejar – Associação Brasileira de Planejadores Financeiros

Consensualidade na improbidade administrativa: por que não?

por GLAUCIA RODRIGUES TORRES DE OLIVEIRA MELLO

“Negar a possibilidade de ajustamento de conduta na improbidade vai na contramão dos avanços do processo civil, cuja ideologia estimulante das soluções consensuais dos conflitos milita a cada dia mais no sentido da ampliação das formas de convencionalidade no direito público.”



Questão que a cada dia mais desperta interesse é a possibilidade de celebrar-se ajustamento de conduta em sede de ação de improbidade administrativa. A questão é ainda hoje intensamente controvertida, mormente diante da expressa vedação contida no art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92. A razão de tal vedação reside no fato de ser indisponível o direito material tutelado na ação de improbidade administrativa, de modo que não caberia ao legitimado ativo, que não é titular do direito defendido em juízo, dele dispor.

Mesmo entre aqueles que entendem pela impossibilidade da transação na ação de improbidade, sempre se admitiu a transação quanto à forma, modo e prazos acerca de como se dará a reparação dos danos causados ao patrimônio público e à perda dos valores obtidos ilícitamente. Nesses casos, entende-se que não estará havendo transação quanto ao direito material em si, mas tão somente no que se refere à forma do seu exercício¹.

Todavia, se é certo que existe ainda dispositivo contendo tal proibição expressa, não é menos verdade que diplomas legais mais recentes pavimentam o caminho no sentido de ser admitida a consensualidade em matéria de direitos transindividuais indisponíveis.

A entrada em vigor da Lei nº 13.140/2015 – Lei de Mediação, e da Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção, reacendeu o debate – até então adormecido pela peremptória proscrição legislativa –, acerca dos acordos em matéria de improbidade administrativa.

Por força do art. 36, § 4º, da Lei de Mediação, parte da doutrina passou a sustentar a revogação implícita do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92. De acordo com o mencionado dispositivo: “as hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o *caput* dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.”

De outra parte, o art. 3º da mesma Lei de Mediação passou a admitir a mediação com relação a direitos indisponíveis, mas que admitam transação. Apesar da obscuridade do que seriam os tais direitos indisponíveis que admitem transação, o diploma abre uma janela normativa para a possibilidade de transação em matéria de direitos indisponíveis².

Ademais, se a “*plea bargaining*” vem paulatinamente sendo admitida até mesmo na esfera penal – considerada a *ultima ratio* –, vide o acordo de não persecução penal, previsto no art. 18 da Resolução CNMP 181/2017, com redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018 e a Lei nº 12.850/2013, razão não haveria para que não fosse admitida na esfera da improbidade administrativa³.

De outra parte, o acordo de leniência encontra-se hoje expressamente previsto no art. 16 da Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção, o que reforça ainda mais a tese quanto ao cabimento na seara da improbidade⁴. Com efeito, assim como a Lei de Improbidade, a Lei Anticorrupção visa tutelar a probidade e a moralidade na esfera administrativa, buscando punir os agentes que de alguma forma malversem ou espoliem a coisa pública⁵.

Podemos lembrar ainda do art. 86 da Lei nº 12.529/13 – Lei do CADE, que permite a celebração de acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável em caso de infração à ordem econômica.

Em reforço argumentativo, traz-se à baila o Novo Código de Processo Civil, diploma que veio imbuído do espírito conciliatório, buscando a todo tempo estimular a solução consensual dos conflitos. Neste ponto, dentre tantos, menciono o art. 3º, § 3º do NCPC, segundo o qual a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Neste emaranhado de normas, salutar ainda é o registro à nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), também chamada Lei da Segurança para a Inovação Pública, a qual trouxe novos balizamentos que prometem acirrar ainda mais o debate. Dentre os noveis dispositivos, relevam de destaque os arts. 26 e 27, da Lei, os quais contêm uma autorização genérica para a celebração de compromissos de ajustamento de conduta e acordos substitutivos.

Mencione-se, por fim, que a vedação à transação, acordo ou conciliação da Lei de Improbidade Administrativa foi momentaneamente revogada em dezembro de 2015, através da Medida Provisória nº 705/2015. Todavia, a mencionada MP perdeu sua vigência sem que tenha sido convertida em lei, de modo que voltou a vigorar o texto original que consagra a proibição.

Salutar ainda a menção ao art. 23, da Lei de Improbidade, o qual estabelece os prazos prescricionais para a persecução das sanções de improbidade. A pretensão de aplicação das sanções de improbidade prescreve no prazo de cinco anos a contar do término do vínculo, para o caso de agentes públicos com vínculos temporários. No caso de agentes públicos com vínculos efetivos, o prazo deverá ser aquilo aplicável na legislação específica do ente para a prescrição das infrações puníveis com demissão a bem do serviço público.

A medida de ressarcimento, a qual sempre se entendeu imprescritível, por força da literalidade do art. 37, § 5º, da Constituição, sofreu forte relativização no julgamento do RE 852.475. De acordo com o entendimento firmado, são imprescritíveis apenas as ações de ressarcimento decorrentes de atos dolosos de improbidade administrativa⁶.

Dessa forma, é cada vez mais premente a necessidade de encontramos meios extraprocessuais mais eficazes para a constatação do ato de improbidade e aplicação das correlatas sanções, a fim de evitar-se o total perecimento do direito sem que haja qualquer resposta estatal.

Posto o arcabouço da celeuma, passamos a enfrentar o tema.

TAC: conceito e natureza;

Primeiramente, temos que analisar a problemática concernente à natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta. Com efeito, há certa controvérsia na doutrina acerca da natureza jurídica do instituto. Parte da doutrina entende tratar-se de transação, tendo em vista a natureza consensual e bilateral.

Mazzilli, criticando o entendimento, destaca que o ajustamento de conduta não é um contrato, uma vez que os interesses tutelados não possuem conotação patrimonial, bem como pelo fato de que o legitimado extraordinário não é o titular do direito. Prosseguindo, entende o autor que o compromisso de ajustamento de conduta consiste em verdade em ato administrativo negocial, uma vez que somente o causador do dano se compromete, sendo certo que o Ministério Público apenas implicitamente se compromete a não ajuizar a competente ação⁷.

O art. 40 da Res. GPGJ 2.227/2018 do MPRJ e o art. 1º da Res. CNMP 179/2017 (com redações idênticas), ao disporem sobre o Compromisso da Ajustamento de

Conduta, pacificando a controvérsia, assentam desde logo a sua com natureza *de negócio jurídico*.

Além disso, estabelece que o órgão ministerial não pode fazer concessões que impliquem renúncia aos direitos ou interesses tutelados, cingindo-se a negociação à interpretação do direito para o caso concreto, à especificação das obrigações adequadas e necessárias, bem como à mitigação, à compensação e à indenização dos danos que não possam ser recuperados:

Art. 1º O compromisso de ajustamento de conduta é instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração.

§ 1º Não sendo o titular dos direitos concretizados no compromisso de ajustamento de conduta, não pode o órgão do Ministério Público fazer concessões que impliquem renúncia aos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, cingindo-se a negociação à interpretação do direito para o caso concreto, à especificação das obrigações adequadas e necessárias, em especial o modo, tempo e lugar de cumprimento, bem como à mitigação, à compensação e à indenização dos danos que não possam ser recuperados.

Portanto, as resoluções posicionaram-se expressamente quanto à natureza de negócio jurídico do compromisso de ajustamento de conduta, consagrando a natureza de negócio jurídico.

DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE E A INDISPONIBILIDADE DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A problemática da aceitação ou não da consensualidade em sede de improbidade perpassa pela compreensão do princípio da obrigatoriedade. Sustentando a existência da obrigatoriedade e da indisponibilidade da atuação ministerial, disserta Hugo Nigro Mazzilli que, no inquérito civil e na ação civil pública, embora tenha o membro do Ministério Público ampla liberdade funcional, sua atuação é estreitamente regrada, já que, identificando uma hipótese em que a lei lhe imponha a atuação, não pode abster-se do dever de agir⁸.

Destaca ainda o autor que a obrigatoriedade e a indisponibilidade seriam apenas mitigadas em determinadas hipóteses, ditadas pelo próprio legislador, como é o caso da transação penal nas infrações de menor potencial ofensivo e do compromisso de ajustamento de conduta em matéria de interesses transindividuais.

Na mesma esteira, Rogério Pacheco Alves sustenta que também no campo da ação civil pública – a, antes, no campo do próprio inquérito civil – tem-se a adoção do princípio da obrigatoriedade, não só em razão da indisponibilidade dos interesses em jogo, mas também pelo rígido sistema de arquivamento do inquérito civil⁹.

Com efeito, o princípio da obrigatoriedade significa que, uma vez vislumbrada determinada hipótese de atuação, não pode o ministério público simplesmente deixar de atuar. No entanto, a meu ver, tal obrigatoriedade de atuação há de ser encarada corretamente. Isso porque o só fato de ter se constatado a prática de um ato de improbidade administrativa não necessariamente quer significar que o órgão ministerial tenha que perseguir o máximo do sancionamento abstratamente previsto¹⁰.

Noutros termos, percebida a ocorrência da improbidade e delineada a obrigatoriedade de atuação, cabe ao membro do ministério público atuar no caso. A forma como isso será feito, seja através do ajuizamento de uma ação civil pública, de um arquivamento (quando cabível) ou até mesmo da celebração de ajustamento de conduta, é coisa absolutamente diversa.

Poder-se-ia argumentar que a ausência de autorização legislativa específica impediria a mitigação do princípio da obrigatoriedade na improbidade administrativa. Todavia, conforme já demonstrado, há um amplo cabedal legislativo que ampara tal mitigação, valendo ressaltar o art. 36, § 4º¹¹, da Lei de Mediação e o art. 16 da Lei Anticorrupção.

Não bastasse isso, é imperioso ressaltar que há tempos a clássica noção da legalidade vem sofrendo temperamentos. Com efeito, de acordo com a moderna compreensão do direito administrativo, o princípio da legalidade evoluiu, passando atualmente a ser encarado como o princípio da juridicidade. De acordo com Gustavo Binbenojm, “a superação do paradigma da legalidade administrativa só pode ocorrer com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade”¹². Assim, temos que o princípio da legalidade cede espaço ao princípio da juridicidade, entendido este como a vinculação da administração à lei e ao direito.

Transplantada a ideia para a atuação ministerial, podemos dizer que o promotor de justiça atua vinculado não somente à lei, mas ao direito como um todo, o que inclui, obviamente, os princípios e regras constitucionais. Nesta linha, os arts. 127 e 129 da Constituição, regramento legitimante da atuação ministerial, conjugados com os princípios da eficiência e da economicidade, confeririam o suporte normativo habilitador da atuação consensual do Ministério Público.

RELEITURA DO PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Outro pressuposto que deve ser considerado é a releitura do tradicional princípio da indisponibilidade e da supremacia do interesse público. Um dos argumentos mais tradicionais para proscrever os ajustamentos de conduta em matéria de improbidade é o princípio da indisponibilidade do interesse público. Com efeito, diz-se que o interesse público tutelado não pertence ao Ministério Público, mas à coletividade, razão por que não caberia ao órgão ministerial dele dispor por meio de acordo ou transação.

Todavia, parte da doutrina vem questionando o dogma da indisponibilidade. Neste sentido, Fredie Didier e Hermes Zaneti Jr. destacam que “o processo coletivo vem contaminado pela ideia de indisponibilidade do interesse público. Esta indisponibilidade não é, contudo, integral, há uma obrigatoriedade temperada com a conveniência e oportunidade”¹³. Imbuídos deste espírito, não enxergamos óbice à consensualidade.

É preciso tem em mente que a aplicação de sanções não é um fim em si mesma, mas instrumento de desestímulo geral e individual ao cometimento de atos ímprobos. Dessa forma, acaso a finalidade de desestímulo seja satisfeita com a aplicação de uma ou algumas sanções apenas, parece certo que o interesse público restou adequadamente tutelado.

Com efeito, a indisponibilidade do interesse público não quer dizer que não possa o legitimado modular a sua estratégia de atuação em prol da concretização

de tal interesse. Noutros termos, sem descurar do princípio da indisponibilidade do interesse público, nada impede que o agente ministerial celebre ajustamento de conduta (ainda que abrindo mão de uma ou outra sanção), desde que tal decisão esteja voltada, em última análise, à consecução do interesse público.

Quer dizer, analisadas as variáveis postas no caso concreto, por vezes, poderá ser mais interessante ao atendimento da finalidade pública a celebração de uma transação com o investigado. Conforme será demonstrado, a celebração de acordos substitutivos é manifestação da consensualidade, possibilitando uma maior efetividade e resolutividade na implementação do acordado, dada a adesão voluntária da contraparte, propiciando uma maior celeridade e redução dos custos administrativos e judiciais.

Dito de outro modo, é plenamente consentâneo com o interesse público a aplicação imediata uma ou algumas das sanções de improbidade, associada ao eventual ressarcimento, em prol de evitar-se uma prescrição ou até mesmo a tramitação de uma ação judicial por mais de década. Neste caso, apesar de estar-se “abrindo mão” de uma ou algumas das sanções de improbidade, isso não quer significar que estejamos diante de uma ilegítima disposição do interesse público. Em verdade, trata-se de uma escolha estratégica quanto à forma de melhor realizar o interesse público.

Discorrendo sobre o tema, Floriano Azevedo Marques demonstra que a supremacia do interesse público (e, obviamente, seu corolário da indisponibilidade), não pode servir de óbice à celebração de acordos substitutivos, veja-se:

A segunda ordem de questionamentos que se esvaem com tal permissivo diz com o antigo (e em vias de superação) entendimento de acordo com o qual a chamada “supremacia do interesse público” interditaria a disponibilidade do procedimento administrativo sancionador e do valor da multa dele decorrente. Tal entendimento não nos parece o melhor. Para além de o chamado princípio da supremacia do interesse público (na qualidade um valor metodológico) não ter previsão normativa, nem acolhimento pela maior parte da doutrina, tal adágio seria antípoda à própria legislação vigente, que autoriza a celebração de pactos negociais envolvendo o poder público. Some-se isso o fato de que, no âmbito de uma função de polícia no Estado Democrático de Direito, a sanção deve ser a *ultima ratio*. O simples ato de punir não está inserido como prioridade nas pautas administrativas. Na verdade, neste particular, a sanção só será legítima se for o instrumento mais adequado para equilibrar os interesses enredados em determinada situação concreta. (Floriano Azevedo Marques. <https://www.conjur.com.br/2018-mai-11/opiniao-lindb-paradigmas-acordos-substitutivos>)

Vale lembrar que o princípio da indisponibilidade do interesse público decorre, de certa maneira, do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Mais recentemente, todavia, parte da doutrina vem se rebelando contra a tradicional perspectiva do referido princípio. Argumenta-se que não há uma supremacia abstrata e *prima facie* do interesse público sobre o privado, bem como que eventual conflito entre os interesses deve se resolver com a ponderação, já que não há hierarquia entre normas constitucionais. Dessa forma, não seria mais possível defender o princípio da supremacia do interesse público, que parte da existência de uma hierarquia automática entre as categorias de interesses públicos e privados.

Ainda de acordo com o entendimento, jamais haveria um verdadeiro conflito entre interesse público e o interesse privado, já que a promoção do interesse público

significa, em última análise, a promoção de interesses privados. Dessa forma, a contraposição entre interesses públicos e privados seria artificiosa. Assim, ao invés de estabelecermos uma preferência a priori ao interesse público, nos casos em que não houver ponderação constitucional ou legislativa prévia, caberá ao administrador realizar uma ponderação de interesses no caso concreto, a fim de realizar na máxima medida cada um dos interesses em jogo¹⁴.

Destarte, a releitura operada no princípio da supremacia do interesse público, da forma como exposta, obviamente espalha efeitos sobre o seu princípio corolário da indisponibilidade do interesse público, que não mais deve ser encarado sob a ótica da absolutização. Nessa linha, salutar que admitamos a sua relativização, em prol da promoção de outros interesses igualmente constitucionais, como a celeridade, eficiência, segurança jurídica, dentre outros.

Obviamente, a decisão do promotor de justiça quanto à celebração do ajustamento de conduta deverá ser motivada¹⁵, assim como devem ser todas as manifestações ministeriais, bem como pautada por um juízo de ponderação proporcional¹⁶. Quer dizer, uma vez divisada situação em tese passível de ensejar um ajustamento de conduta, deve o promotor analisar se a o negócio jurídico a ser celebrado é adequado à finalidade pretendida, no sentido de tutelar adequadamente o interesse público violado.

Em segundo lugar, deve aferir se a medida é necessária, no sentido de tratar-se de medida menos gravosa/restritiva ao direito promovido. Quer dizer, deve ser analisado se há meio menos gravoso ao interesse tutelado de se alcançar, da mesma forma, o mesmo objetivo. Neste ponto, há de ser considerado que, apesar de a não celebração do ajuste implicar em tese em menores restrições ao interesse tutelado, uma vez que não são feitas concessões quanto às sanções da improbidade, o interesse público não será tutelado com a mesma presteza e celeridade. Dessa forma, o que deve ser aqui analisado é se há forma menos restritiva ao interesse público de se alcançar o mesmo objetivo, com a mesma celeridade e efetividade. Em havendo, obviamente, a celebração do ajuste não será justificável.

Por fim, deve ser verificada a proporcionalidade em sentido estrito entre o interesse promovido e o interesse sacrificado. Aqui, deve ser aferida a relação custo-benefício da celebração do negócio, ou seja, se a concretização do interesse tutelado suplanta as restrições que lhe foram impostas. Em caso positivo, entende-se que a medida será proporcional.

Nessa linha, entendemos que o princípio da indisponibilidade do interesse público, desdobramento do princípio da supremacia do interesse público, não pode ser erigido à óbice à consensualidade em matéria de improbidade administrativa.

O PRINCÍPIO DA CONSENSUALIDADE E O MINISTÉRIO PÚBLICO

Outra mola mestra que deve pautar o raciocínio acerca do cabimento da transação em sede de improbidade administrativa é o princípio da consensualidade administrativa. Trata-se de princípio que prega a abertura ao diálogo entre administração e administrados, despindo-se o poder público da ínsita impositividade de suas posturas, em prol de uma mais célere e eficiente resolução da celeuma posta.

Trata-se de tendência que busca a utilização de meios alternativos de tomada de decisão, a fim de atingir, de modo mais rápido, mais barato e mais eficaz, a solução definitiva para o conflito. A ideia por detrás do princípio é que as soluções

negociadas em geral são de mais fácil aceitação e implementação. Isso porque, se as próprias partes participaram da tomada de decisão, construindo um consenso, elas mesmas, ao longo do processo, aceitam a escolha como um veredito legítimo.

Neste aspecto, a consensualidade colabora para reduzir os custos de implementação da decisão. Com efeito, as decisões tomadas de forma verticalizada e sem debate, no mais das vezes, são resistidas por seus destinatários, que não necessariamente com elas concordam. Dessa forma, ao trazer os próprios destinatários ao debate, incorporando as ideias trazidas pelos administrados ao processo decisório, a implementação se mostra voluntária e, conseqüentemente, reduzem-se os custos e incrementa-se a eficiência.

Apesar de o princípio ser tradicionalmente aplicado às relações entre Administração e administrados, parece claro que a tônica da consensualidade pode ser transportada para a seara da transação na improbidade. Destarte, é certo que o agente ímprobo, quando chamado à mesa de negociação, terá a chance de expor seus argumentos e as provas de que dispõe, a fim de negociar um sancionamento mais brando.

Nesta esteira, cumpre mencionar a Res. 118/2014 CNMP, que dispôs sobre a Política Nacional de Incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público, buscando estimular a adoção de mecanismos de autocomposição pacífica dos conflitos, controvérsias e problemas, ante a evolução da cultura de participação, do diálogo e do consenso.

O agente ímprobo, ao transacionar com o *parquet*, tem a possibilidade de livrar-se da aplicação de uma ou mais sanções da lei de improbidade, bem como transacionar sobre a *forma* de ressarcimento ao erário ou até mesmo pensar em um acordo substitutivo. Ademais, vê-se livre de uma vez por todas da insegurança causada pela pendência de um processo judicial de improbidade. É inegável que a só existência de um processo judicial contra si já representa por si só uma dura sanção e motivo de intranquilidade constante. Ademais, inúmeros são os custos ocasionados pela condução do processo, custos estes que seriam substancialmente reduzidos com a aceitação de um acordo.

De outro lado, o Ministério Público, acaso aceite as informações trazidas pelo agente, logrará êxito em concretizar a sua pretensão de forma muito mais célere. Veja que a tramitação de uma ação de improbidade pode chegar a durar anos. Sem contar os custos referentes a perícias de alta complexidade. Ao longo da tramitação do processo, grande parte da efetividade almejada com a aplicação das sanções se esvai.

Ademais disso, ao negociar a aplicação das sanções, o agente já sabe de antemão as consequências que lhe serão impostas, aquiescendo a elas, o que permite que a execução das medidas se faça de forma mais eficaz. Quer dizer, ao firmar ajustamento de conduta com o *parquet*, o agente ímprobo poderá apresentar desde logo os bens adquiridos ilicitamente, os quais poderiam estar dissimulados, dificultando o ressarcimento.

O acordo na improbidade, portanto, seria como um acordo substitutivo, por meio do qual, pautada pela consensualidade, o ministério público flexibiliza uma conduta imperativa e celebra com o administrado o ajustamento de uma conduta, primariamente exigível, por outra negociável.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras de Freitas, comentando a Lei Anticorrupção, vão dizer que, no acordo de leniência, não há disponibilidade, mas apenas uma negociação quanto as vias formais para a satisfação do interesse público. Para os autores:

Trata-se de acordo substitutivo: atos administrativos complexos, por meio dos quais a Administração Pública, pautada pelo princípio da consensualidade, flexibiliza sua conduta imperativa e celebra com o administrado um acordo, que tem por objeto substituir, em determinada relação administrativa, uma conduta, primariamente exigível, por outra secundariamente negociável. Por meio desta via negocial, a Administração Pública opta por uma atuação consensual, que lhe é aberta em hipóteses legalmente previstas, de sorte a tutelar, de forma mais eficiente, o interesse público primário que está a seu cargo. É relevante destacar-se que, nesses atos, a Administração não dispõe sobre direitos públicos, mas sobre as vias formais para satisfação do interesse público envolvido. De resto, o ordenamento jurídico brasileiro está repleto de previsões de acordos substitutivos, tais como o que ora se comenta. (A juridicidade da Lei Anticorrupção – Reflexões e interpretações prospectivas. <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140211-10.pdf>)

Feitas as devidas adaptações, o entendimento dos autores acerca do acordo de leniência é o mesmo que deve pautar a celebração de ajustamentos de conduta na improbidade administrativa.

PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA, DEVER DE RESULTADOS E MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO

Temos de nos lembrar ainda que a Constituição Federal, em seu art. 37, caput, erigiu a eficiência a princípio basilar da administração pública. A inserção do princípio no rol dos princípios regentes da administração pública marca a mudança de paradigma da gestão administrativa.

Destarte, abandona-se o paradigma da administração burocrática, preocupada apenas com os procedimentos, para abraçar-se o paradigma da administração de resultados, focada no atingimento concreto dos objetivos públicos. Trata-se, portanto, do paradigma do resultado na administração pública.

A despeito de a norma encontrar guarida no art. 37, caput, da Constituição, é certo que o princípio da eficiência espraia seus efeitos a administração pública como um todo, em sentido lato, nela incluída o Ministério Público, como não poderia deixar de ser. Não se descarta do fato de que o princípio da eficiência sempre foi analisado sob o ponto de vista instrumental, e não finalístico.

É indene de dúvidas que o princípio da eficiência se aplica ao Ministério Público no que toca aos atos administrativos praticados pela instituição. No entanto, o que se propugna aqui é a aplicação do princípio da eficiência ao aspecto finalístico da atuação ministerial. A proposta não causa espanto, tendo sido recentemente incorporada pelo CPC no que se refere à atuação funcional dos magistrados¹⁷. Neste contexto, impõe-se ao *parquet* também a necessidade de eficiência no desempenho de suas missões institucionais, almejando-se a concretização de resultados de forma célere e menos dispendiosa.

É neste contexto que surge o paradigma da resolutividade. O perfil resolutivo do Ministério Público nasce em contraposição ao perfil do Ministério Público demandista. O perfil ministerial demandista caracteriza-se pela condução das demandas ao poder judiciário, deixando em segundo plano a busca pela solução negociada e extrajudicial. O demandismo ministerial confere primazia à atuação por meio do ajuizamento de ações. Com isso, todavia, abarrota-se o poder judiciário com processos volumosos e de altíssima complexidade, o que, em última análise, implica em perda de eficiência e de eficácia¹⁸.

Todavia, o perfil demandista vem na contramão da contemporaneidade. Hoje, cada vez mais, presenciemos uma fuga do poder judiciário e a ascensão de formas alternativas de solução de conflitos, como a conciliação, mediação e a arbitragem. É notória a insuficiência do poder judiciário para a resolução célere e eficaz das demandas dos tempos atuais, dada a morosidade, imprevisibilidade e vicissitudes da ação judicial.

Em razão de tais aspectos é que vemos o nascimento do perfil resolutivo do ministério público. Com efeito, o Ministério Público resolutivo define-se como uma instituição que assume identidade proativa, utilizando seu poder de articulação e mecanismos extrajudiciais, evitando-se o acionamento do poder judiciário¹⁹.

Destaco mais uma vez a Res. 118/2014, a qual, imbuída do espírito da resolutividade, buscou mecanismos e meios autocompositivos de resolução dos conflitos e controvérsias na atuação ministerial, destacando a importância da prevenção e da redução da litigiosidade. Em seus considerandos, a Resolução destaca que as controvérsias e os conflitos envolvendo o Poder Público e os particulares, ou entre estes, notadamente aquelas de natureza coletiva, podem ser resolvidas de forma célere, justa, efetiva e implementável.

Neste contexto, parece-me certo que o princípio da eficiência e o paradigma da resolutividade não somente recomendam, mas impõem que seja considerada a solução consensual em sede de improbidade administrativa, sempre que tal medida se revelar mais eficaz à tutela do direito violado e à salvaguarda do interesse público.

Com efeito, em determinados casos, a morosidade na adoção de providências ou na conclusão de uma demanda equivalerá à própria disposição integral do direito tutelado. Sabemos que a passagem do tempo tem o condão de ensejar a prescrição da pretensão punitiva, impedindo a própria persecução. Assim, avizinhandose a prescrição e estando ainda prematura a investigação, a celebração do ajustamento pode ser revelar uma medida interessante, a fim de evitar o perecimento integral da própria pretensão. Noutros termos, mais vale um pássaro na mão do que dois voando.

Da mesma forma, a longuíssima tramitação de demandas de alta complexidade pode redundar na completa inefetividade da sanção, seja pela dilapidação do patrimônio adquirido ilícitamente ou em detrimento do erário público, seja em razão da não localização futura dos agentes envolvidos.

DOSIMETRIA DAS SANÇÕES EM IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Outro ponto que deve ser sopesado é a possibilidade de ser realizada pelo magistrado uma dosimetria da sanção de improbidade. Quer dizer, na ação de improbidade administrativa, constatado o ato de improbidade, o magistrado não fica obrigado a aplicar todas as sanções previstas nos incisos do art. 12, da Lei de Improbidade, sendo-lhe autorizado realizar uma dosimetria da pena, deixando de aplicar determinadas sanções.

Neste sentido, é o entendimento firme do Superior Tribunal de Justiça, plasmado no Enunciado 12 da Jurisprudência em Teses nº 40:

“13) O magistrado não está obrigado a aplicar cumulativamente todas as penas previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92, podendo, mediante adequada fundamentação, fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as consequências da infração.”

Os arts. 20, parágrafo único e 22, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com redação da Lei 16.655/2018, corroboram o entendimento acima exposto, ao estabelecerem que, na aplicação de sanções, deverá ser demonstrada a *necessidade e a adequação* da medida imposta, bem como que devam ser sope-sadas a natureza e a gravidade da infração, os danos que dela advieram e as circunstâncias do caso, *verbis*:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

(...)

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem /para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Em suma, o que se pretende demonstrar é que, se ao fim e ao cabo nem mesmo o magistrado está obrigado a aplicar todas as sanções previstas objetivamente na lei para o ato de improbidade praticado, por que motivo não poderia o Ministério Público, em sede de TAC, dispor de determinadas sanções, em prol de uma maior celeridade e efetividade no atendimento ao interesse público e ressarcimento ao erário?

Ora, ao realizar a dosimetria da pena, dispondo de uma ou algumas sanções do art. 12, da Lei, ninguém acusa o magistrado de estar indevidamente dispondo do interesse público. Ao contrário, é amplamente admitida a conduta. Neste passo, pela mesma lógica, parece-me que pode o Promotor de Justiça, de forma fundamentada, celebrar negócio jurídico com o investigado, abrindo mão de uma ou outra sanção, em prol de um mais célere e eficaz resultado.

DISCRICIONARIEDADE (OU GRAU DE VINCULAÇÃO À JURIDICIDADE) E CONTROLABILIDADE

Poder-se-ia objetar que a consensualidade na seara da improbidade, seja para celebração de ajustamentos de conduta ou acordos de leniência, poderia conduzir a arbitrariedades ou desvios de poder, já que a definição das sanções aplicáveis ou conteúdo de eventuais acordos estariam sujeitos a exclusiva discricionariedade do promotor de justiça oficiante e supostamente livre de qualquer controle imediato.

No entanto, conforme já aventado, a celebração de qualquer ajuste consensual demanda a demonstração concreta e objetiva, por meio da motivação no inquérito

civil, do *trade off* contido na avença. Quer dizer, é preciso que estejam presentes no inquérito, através de promoção fundamentada, as razões que levaram à eleição do caminho consensual, bem como as razões, de fato e de direito, que conduziram à proposição de uma ou mais sanções.

Neste ponto, impende destacar que a discricionariedade²⁰ é atributo tradicionalmente conferido ao poder de polícia no âmbito do direito administrativo ordenador, mormente no que se refere à aplicação de sanções. Com efeito, é inegável a similitude do procedimento da improbidade administrativo com o direito administrativo sancionador, razão por que seus institutos não só podem, como devem ser intercambiados.

Conforme destacado pela doutrina, há uma legalidade flexível²¹ no que concerne à atividade administrativa sancionadora, o que significa dizer que há uma maior elasticidade na atuação do *ius puniendi* estatal nesta senda. Conforme adverte Fábio Medina Osório, a legalidade *das infrações e das sanções* é composta, no mais das vezes, por conceitos ou termos jurídicos altamente indeterminados, cláusulas gerais, princípios e descrição de valores superiores que outorgam amplos espaços à autoridade julgadora, seja ela administrativa ou judicial²².

Portanto, no direito administrativo sancionador, há margem de discricionariedade à autoridade administrativa, para, com base na moldura da lei e diante dos fatos apurados (motivos de fato), aplicar a sanção proporcional e condizente ao caso sob sua avaliação. Com efeito, no âmbito de um processo administrativo sancionador/disciplinar, ninguém alega que a autoridade administrativa esteja a dispor ilegalmente do interesse público, caso opte, de forma razoável, pela aplicação de determinada sanção.

O paralelo fica ainda mais evidente se imaginarmos que, de um mesmo fato, o agente público poderá responder tanto por improbidade quanto administrativamente. Veja-se que a autoridade administrativa processante tutela o interesse público, no exercício de seu mister, da mesma forma que o faz o promotor, no âmbito de suas atribuições. No entanto, ao administrador público é reconhecida margem de discricionariedade, ao passo que o promotor – se levarmos ao pé da letra a vedação do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92 –, estaria cegamente obrigado à persecução judicial do sancionamento máximo, ainda que as nuances do caso concreto indiquem que não seja esta a melhor medida.

Portanto, diante do paradoxo acima apontado, advoga-se aqui a existência de margem de discricionariedade ao promotor de justiça oficiante para, diante do caso concreto e de forma motivada, propor a aplicação consensual das sanções mais adequadas, podendo, se for o caso, abrir mão da aplicação de uma ou mais sanções.

Não se desconhece, é claro, que as sanções administrativas são aplicadas no bojo de um processo administrativo no bojo do qual deve ser assegurado o contraditório e a ampla defesa, ao cabo do qual a autoridade administrativa, com base nas provas produzidas e alegações oferecidas, vem a proferir sua decisão. O processo administrativo sancionador, decerto, não se equipara ao inquérito civil, de índole inquisitória, no bojo do qual não há obrigatoriedade de ser oportunizado o contraditório e a ampla defesa (apesar de não estarem excluídos). Ademais, o promotor de justiça não julga, mas forma sua *opinio*, a partir da qual elegerá determinada via.

No entanto, é de se supor que, acaso venha a ser aventada pelo promotor a via consensual, seja o investigado convocado a se manifestar sobre a proposta, trazendo, neste momento, suas considerações e eventuais provas que possua a seu

favor. Dessa forma, resguardar-se-á a garantia do contraditório e ampla defesa. De todo modo, as sanções eventualmente aplicadas o serão em ambiente consensual, de forma consentida, razão por que não se há de objetar violação a tais princípios. Quer dizer, não está a parte obrigada a dispensar o contraditório judicial e aceitar a aplicação imediata das sanções. No entanto, se o fizer, não poderá argumentar violação a seus direitos. Em razão disso, revela-se importante a presença de advogado, apesar de não necessária, na forma da Súmula Vinculante 05, por analogia.

No que tange à controlabilidade do ajuste celebrado, a despeito de os ajustamentos de conduta não se sujeitarem à homologação pelo Conselho Superior como condição de eficácia, é certo que, após o cumprimento do TAC, deve ser o inquérito encaminhado ao Conselho para análise do arquivamento. Neste momento, poderá o Conselho realizar o controle sobre o conteúdo da avença celebrada. Caso entenda ter havido uma tutela deficitária do interesse público, poderá, obviamente, recusar o arquivamento e determinar o ajuizamento da ação (para aplicação das demais sanções deixadas de fora do ajustamento) ou mesmo o prosseguimento das investigações.

Da mesma forma, sendo certo que os inquéritos civis são públicos, caberá ainda recurso, por parte de qualquer interessado, ao Conselho Superior (verificar). No caso do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, o art. 40 da Res. 2.227/18²³ determina que cópia do termo de ajustamento de conduta seja afixada em quadro próprio na sede do órgão de execução, pelo prazo de 15 (quinze) dias, bem como que seja encaminhada, por meio de arquivo digital, ao Centro de Apoio Operacional corresponde. Trata-se, naturalmente, de forma de publicização que visa viabilizar os meios de controle.

Sem prejuízo, o art. 50 da Res. 2.227/18²⁴ determina que sejam enviados relatórios anuais ao Conselho Superior e à Corregedoria Geral, sendo certo que o relator poderá solicitar informações e documentos constantes no inquérito. Obviamente, não cabe à Corregedoria imiscuir-se na atividade fim do órgão de execução. No entanto, vislumbrado evidente desvio de finalidade na atuação do membro, não poderá o órgão correicional furta-se à atuação.

Noutro giro, temos de lembrar ainda que o Ministério Público não é legitimado exclusivo para perquirir as sanções da improbidade, também competindo tal legitimação à pessoa jurídica interessada. Dessa forma, caso o colegitimado (pessoa jurídica interessada) entenda que o ajustamento de conduta não tutelou suficientemente o interesse público, nada obstará que este persiga judicialmente a aplicação das demais sanções.

Por fim, poder-se-ia ainda aventar da obrigatoriedade de homologação judicial do acordo celebrado no inquérito civil, com base na aplicação analógica do art. 3º, § 2º, da Lei nº 13.140/15, que impõe a homologação em juízo das mediações sobre direitos indisponíveis, mas transigíveis²⁵.

O PROBLEMA DA AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO LEGAL

Parte das críticas à consensualidade na improbidade decorre da ausência de regulamentação normativa do procedimento. Quer dizer, careceria o administrado de segurança jurídica quanto à forma de se realizar tal transação ou mesmo quanto à durabilidade da avença, diante de uma possível variação de entendimento futura. No entanto, a ausência de regulamentação legal específica não deve ser encarada como óbice. Deveras, apesar de desejável a previsão legal, parece

possível a regulamentação administrativa do procedimento ou até mesmo tomar por empréstimo as regras de procedimentos análogos, como o procedimento da LINDB ou da Lei Anticorrupção.

Vale ainda trazer à baila o novel art. 26 da LINDB, o qual, segundo a doutrina, contempla *autorização genérica* para a celebração de compromissos de ajustamento de conduta, estabelecendo-lhes ainda um mínimo regulamentar:

“Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo: (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

I – buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

III – não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

IV – deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

De acordo com a doutrina, a Lei nº 13.655/2018, que alterou a LINDB, veio consagrar permissivo genérico para que toda a Administração Pública, independentemente de lei ou regulamento específico, possa celebrar compromissos. Com efeito:

“alinhando-se a outros sistemas jurídicos que dispõem de leis autorizativas genéricas à celebração de acordos pela Administração Pública, a Lei nº 13.655/18 expressamente confere competência consensual de ordem geral ao Poder Público brasileiro. Isso significa que qualquer órgão ou ente administrativo encontra-se imediatamente autorizado a celebrar compromisso, nos termos do art. 26 da Lei, não se fazendo necessária a edição de qualquer outra lei específica, decreto ou regulamentação interna” (<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653>)

De feito, conquanto o dispositivo tenha sua aplicação voltada aos acordos substitutivos celebrados pelo Poder Público com os administrados, é inegável a similitude de tal instrumento, sediado no âmago do direito administrativo sancionador ou disciplinar, com o acordo celebrado na improbidade administrativa. Em ambos os cenários, busca-se a tutela do interesse público, por meio da aplicação negociada de sanções, com vistas à sanação da irregularidade constatada.

Gustavo Binenbojm, discorrendo sobre acordos substitutivo e integrativos no direito administrativo sancionador, confessando ser desejável a regulamentação legal expressa, admite, contudo, a possibilidade de regulamentação administrativa de tais acordos:

“Embora seja desejável a previsão legal expressa, parece possível haver a regulamentação administrativa tanto de acordos substitutivos como de acordos integrativos de decisões sancionatórias. O ponto nodal é a estruturação de modelos consensuais que possam otimizar os objetivos do aparato sancionador, sem criar perigosos incentivos à reincidência.

Em uma palavra: o *trade off* consubstanciado no acordo deve ficar claro, cabendo às partes o ônus argumentativo de demonstrar que tal solução exhibe custo-benefício superior à pura e simples aplicação da sanção. A ideia de juridicidade administrativa ampara, aqui, a solução consensual bem engendrada: o acordo impõe algo diverso da sanção prevista em lei para realizar a sua finalidade de forma qualitativamente superior” (Gustavo Binenbojm. Poder de Polícia, ordenação, regulação. Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Ed. Fórum. Pag. 106)

Portanto, é de todo legítima a iniciativa de regulamentar o procedimento, ainda que por meio de regulamentos ou resoluções. Neste passo, a Res. 2227/18 do MPRJ procura regulamentar de forma detalhada o procedimento para a celebração de ajustamentos de conduta. Dessa forma, no cenário atual, não parece haver mais dúvidas quanto ao cabimento do ajustamento de conduta na improbidade administrativa, seja no bojo do inquérito civil, seja no bojo da ação de improbidade administrativa já ajuizada.

CONCLUSÃO

Com as palavras acima tecidas, esperamos ter demonstrado que o ajustamento de conduta em sede de improbidade administrativa deixou de ser considerado uma blasfêmia aos direitos transindividuais tutelados, passando a ser encarado como uma realidade no dia a dia da atuação ministerial.

Destarte, há profícuo arcabouço normativo a amparar a utilização do instituto, seja em sede legal seja em sede regulamentar, de modo que não mais há de haver insegurança jurídica em seu emprego. O terreno encontra-se, portanto, pavimentado. Resta apenas que os agentes ministeriais, operadores por excelência do instituto, afinem suas mentalidades com a novidade e busquem concretizar o ideal de resolutividade.

Conforme ressaltado, firmada a tese da prescritibilidade total das sanções de improbidade, inclusive da medida de ressarcimento, o ajustamento de conduta poderá se erigir à forte aliado do parquet na persecução de condutas ímprobadas. Quer dizer, não mais dispondo o Ministério Público de um infundável prazo para investigações, a solução consensual negociada avulta como uma aliada célere e eficaz ao exitoso sancionamento do ilícito praticado.

Com efeito, negar a possibilidade de ajustamento de conduta na improbidade vai na contramão dos avanços do processo civil, cuja ideologia estimulante das soluções consensuais dos conflitos milita a cada dia mais no sentido da ampliação das formas de convencionalidade no direito público.

NOTAS

- 1 “Não vedou o legislador, no entanto, que se acordasse quanto às condições, ao prazo e ao modo de reparação do dano causado ao erário ou mesmo quanto à perda da vantagem ilícitamente obtida pelo agente (arts. 9º e 18 da Lei nº 9.429/92), inclinando-se por tal solução a melhor orientação doutrinária. Quanto a tais aspectos, como soa evidente, têm-se direitos meramente patrimoniais, disponíveis, portanto, nada impedindo que o legitimado, via ajustamento de conduta, sem abrir mão da reparação integral do dano – e da pretensão sancionatória –, acorde quanto às condições de sua mera implementação” (Improbidade Administrativa. Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves. Ed. Saraiva. 2015. 8. Ed., p. 866)

- 2 “Em que pese o ainda obscuro significado a que a expressão remete, a nova previsão legislativa pode ser considerada um importante marco na busca pela maior adequação dos procedimentos resolutórios no Brasil, apta a influenciar uma gradativa relativização da nebulosa e paternalista concepção que tem marcado o debate a respeito da inegociabilidade e da exclusividade da solução adjudicatória referentemente aos conflitos de direitos indisponíveis no país.” (Elton Venturini, TRANSAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS? Revista de Processo 2016 REPRO VOL. 251 (JANEIRO 2016) Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.251.16.PDF)
- 3 “A proibição de negociação na lei de improbidade administrativa era, na verdade, um reflexo da proibição no âmbito penal. Não havia sido admitida na improbidade em razão do princípio da obrigatoriedade para o MP e da visão de que a tutela do interesse público era absolutamente indisponível, não admitia graus de tutela. Se agora é possível negociar as consequências penais, mesmo nas infrações graves, não haveria razão para não ser possível negociar as sanções de improbidade.” (Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 4, 12. ed. Juspodivm, 2018, p. 350)
- 4 “A Lei nº 12.846/2013, chamada Lei Anticorrupção, embora com âmbito de aplicação distinto (art. 30, da Lei nº 12.846/2013), compõe com a Lei de Improbidade Administrativa um microsistema legal de compare a atos lesivos à Administração. [...] A interseção entre as leis permite que se entenda cabível o acordo de leniência como negócio atípico em processo de improbidade administrativa” (Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 4, 12. ed. Juspodivm, 2018, p. 350)
- 5 “A toda evidência, o âmbito de aplicação da Lei 12.846/13 tem interseção com o da lei 8429/92. A correção dos atos de improbidade decorrentes de corrupção denota, ainda uma vez, a clara opção do legislador brasileiro por permitir acordos em matéria de improbidade” (As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. Antônio Passo Cabral. In *Repercussões do Novo CPC no Processo Coletivo*. V. 8. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 325)
- 6 O Tribunal fixou a seguinte tese: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.
- 7 A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses / Hugo Nigro Mazzilli. 28. Ed. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 467/468.
- 8 Hugo Nigro Mazzilli. *O inquérito Civil*. 5. ed. Saraiva, p. 231.
- 9 Garcia, Emerson. Alves, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014. Pag. 788.
- 10 Sobre o tema: “Muito embora os princípios da obrigatoriedade e da inegociabilidade das punições legalmente estabelecidas para os atos de improbidade administrativa sejam perfeitamente justificáveis em valores éticos, morais e jurídicos, fato é que, pragmática e paradoxalmente, de tão ótima (teoricamente) a regra depõe contra a efetividade da punição dos responsáveis e pela reparação dos prejuízos causados ao patrimônio público e à sociedade. Pela evolução do sistema de justiça brasileiro, sobretudo no que diz respeito aos mecanismos utilizados para investigação, retribuição e reparação de danos causados pela prática de atos ilícitos, tanto na esfera penal, civil e administrativa, parece cada vez mais claro não haver mais espaço para que perseverem proibições legislativas absolutas à busca de soluções consensuais que se revelem, a um só tempo, razoáveis e eficientes. Tanto mais autorizadas e aplicadas tais soluções devem ser quanto maiores o controle de todas as autoridades públicas competentes (jurisdicionais e administrativas) e a transparência pela qual sejam esclarecidas para a sociedade civil” (Elton Venturini, TRANSAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS? Revista de Processo 2016 REPRO VOL. 251 (JANEIRO 2016) Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.251.16.PDF)
- 11 § 4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o *caput* dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

- 12 *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 142.
- 13 *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 9. ed. 2014, p. 109-110.
- 14 Gustavo Binenbojm. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 105.
- 15 Discorrendo sobre os acordos substitutivos no direito administrativo sancionador, Binenbojm pontua que: “A opção pela celebração do acordo em detrimento da pura e simples aplicação da sanção deve ser devidamente motivada, com a demonstração cabal de suas vantagens comparativas”. (Gustavo Binenbojm. Poder de Polícia, ordenação, regulação. Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Ed. Fórum. Pag. 106)
- 16 “É preciso compreender que muito embora os direitos indisponíveis, em regra, não comportem alienação (e, portanto, transação), não se pode afastar aprioristicamente a possibilidade de, por via de um juízo de ponderação a respeito de proporcionalidade e de razoabilidade, admitir processos de negociação nos conflitos a seu respeito, na medida em que isto se revele, concretamente, mais vantajoso à sua própria proteção ou concretização” (Elton Venturini, TRANSAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS? Revista de Processo 2016 REPRO VOL. 251 (JANEIRO 2016) Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boletim_2006/RPro_n.251.16.PDF)
- 17 CPC. Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.
- 18 “(...) a imposição de sanções, muitas vezes, pode não ser a melhor alternativa sancionatória. Os muitos anos até a consolidação administrativa e judicial do débito, atrelado ao recolhimento ulterior a um fundo sem destinação específica e com regras bastante restritivas de reversão em investimentos, pode sugerir, a depender da análise do caso concreto, que uma composição com efeitos imediatos, reais e concretos se constitua em penalidade compensatória mais eficiente. (Art. 26 da LINDB – Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. Sérgio Guerra, Juliana Bonacorsi de Palma)”
- 19 Ministério Público resolutivo e um novo perfil na solução extrajudicial de conflitos: lineamentos sobre a nova dinâmica. Disponível em <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1241/Minist%C3%A9rio%20P%C3%BAblico%20Resolutivo.pdf?sequence=1>
- 20 A despeito da tradicional lição doutrinária, Gustavo Binenbojm adverte: “Na tradição do direito administrativo brasileiro, o poder de polícia sempre foi definido como um poder intrinsecamente discricionário. [...] Aos poucos, no entanto, com o avanço do processo de juridicização da atividade administrativa, a liberdade decisória dos gestores públicos no campo policial deixou de ser uma característica inerente para tornar-se uma opção – ou uma necessidade – da disciplina normativa incidente em cada caso. [...] Inexiste, desse modo, autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. [...] no mais baixo degrau de vinculação administrativa à juridicidade, encontra-se os atos vinculados diretamente por princípios, que corresponderiam aos outrora denominados atos discricionários. Nesses casos, há uma opção político-jurídica por transferir o momento, conteúdo ou dosimetria da decisão relativa ao poder de polícia para o administrador público, que deverá tomá-la sempre observando os elementos vinculados previstos em lei (competência, finalidade, forma) e os princípios gerais e setoriais da Administração Pública” (Poder de polícia, ordenação e regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 2. ed. Belo Horizonte: 2017, p. 88/90)
- 21 Neste sentido, traz-se à baila trecho do voto proferido no MS 28799/DF: “O reconhecimento da possibilidade de instituição de estruturas típicas flexíveis no âmbito do direito administrativo sancionador, cuja textura aberta conduz à necessidade de o órgão disciplinar – com apoio em seu prudente critério e sempre atento às limitações que derivam dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade – proceder à adequada correlação entre a infração funcional e a sanção a ela correspondente prevista no estatuto jurídico-disciplinar, tem o beneplácito de autorizado magistério doutrinário(...) Na realidade, a utilização de elementos normativos de conteúdo abrangente na definição legal de condutas puníveis revela-se legítima, inclusive sob

a perspectiva dos atos de improbidade administrativa, cuja prática pode justificar a imposição de sanções objetivamente muito mais graves do que aquelas próprias do regime jurídico-disciplinar dos servidores públicos em geral e dos magistrados em particular”

- 22 Osório, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. ed. RT. 4. ed. 2011, p. 216.
- 23 Art. 45 – Cópia do termo de ajustamento de conduta deverá ser afixada em quadro próprio, na sede do órgão de execução, pelo prazo de 15 (quinze) dias, bem como ser encaminhada, por meio de arquivo digital, ao Centro de Apoio Operacional correspondente, na forma do art. 80, inciso IV desta Resolução.
- 24 Art. 50 – Os órgãos de execução que tenham atribuição para celebrar compromisso de ajustamento de conduta deverão apresentar anualmente relatório sobre sua execução ao Conselho Superior. § 1º O órgão do Ministério Público devera enviar cópia do relatório à Corregedoria Geral. § 2º Os relatórios serão arquivados na secretaria do Conselho Superior em pastas identificadas por órgão de execução. § 3º Os relatórios, ao serem distribuídos a relator, serão acompanhados da pasta de relatórios para permitir exame do cumprimento do ajustamento ao longo do tempo. § 4º O relator poderá requisitar informações e documentos constantes do inquérito civil.
- 25 Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. (...)
§ 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.”

REFERÊNCIAS

- <https://www.conjur.com.br/2018-mai-11/opinio-lindb-paradigmas-acordos-substitutivos> (acessado em 26/06/2018)
- Ministério Público resolutivo e um novo perfil na solução extrajudicial de conflitos: lineamentos sobre a nova dinâmica. Disponível em <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1241/Minist%C3%A9rio%20P%C3%BAblico%20Resolutivo.pdf?sequence=1>
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. *Poder de Polícia, ordenação e regulação*. Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017.
- DIDIER JR., FREDIE. *Curso de direito processual civil: processo coletivo* / Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr., 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.
- ZANETI JR., Hermes. *As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta*. Antônio Passo Cabral In Repercussões do Novo CPC no Processo Coletivo / Coordenador Hermes Zaneti Jr. V. 8. Salvador: Juspodivm, 2016.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses* / Hugo Nigro Mazzilli. 28.ed. São Paulo: Saraiva. 2015.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito Civil* / Hugo Nigro Mazzilli. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2015.
- GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves. 8. ed. Saraiva. 2015.
- MAIORIA DO STF ENTENDE QUE AÇÕES DE RESSARCIMENTO POR IMPROBIDADE SÃO PRESCRITÍVEIS (<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI284939,101048-Maioria+do+STF+entende+que+acoes+de+ressarcimento+por+improbidade+s+a>)
- SÉRGIO GUERRA, JULIANA BONACORSI DE PALMA. Art. 26 da LINDB – Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública (<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653>)



GLAUCIA RODRIGUES TORRES DE OLIVEIRA MELLO é graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Pós-Graduação em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes. Pós-Graduação em Direito Público pela UNESA. Pós-Graduação em Direito Civil e Processual Civil pela UNESA. Atualmente exerce o cargo de Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Já exerceu os cargos de Procuradora do Município de Niterói, Procurador do Estado do Paraná, Procurador do Município de São Gonçalo.



Vedação da utilização da Máquina Pública nas Eleições

POR ALLAN TITONELLI NUNES E MÁRCIO VIEIRA SANTOS

“Quando o legislador previu as figuras do abuso de poder político, econômico e dos meios de comunicação social, definiu-lhes procedimento próprio e criou a severíssima pena da inelegibilidade em caso de sua configuração, tinha em tela expurgar da dinâmica eleitoral condutas capazes de macular, concretamente, o princípio da igualdade de oportunidades entre os concorrentes e da lisura do processo eleitoral.”

Noberto Bobbio adverte há tempos sobre a necessidade de o direito resguardar os abusos, os quais só serão tolhidos quando houver um regramento específico, sob pena de prevalecer o anarquismo ou o despotismo, assim¹:

Direito e poder são duas faces da mesma moeda. Uma sociedade bem organizada precisa das duas. Nos lugares onde o Direito é impotente, a sociedade corre o risco de se precipitar na anarquia; onde o poder não é controlado, corre o risco oposto, do despotismo. O modelo ideal do encontro entre o Direito e poder é o Estado Democrático de Direito, isto é, o Estado no qual, através das leis fundamentais, não há poder, do mais alto ao mais baixo, que não esteja submetido a normas, que não seja regulado pelo Direito, e no qual, ao mesmo tempo, a legitimidade do sistema de normas derive, em última instância, do consenso ativo dos cidadãos.

A Lei nº 9.504/97, em seu art. 40, proíbe que as propagandas eleitorais se utilizem “de símbolos, frases, ou imagens, associadas ou semelhantes às empregadas por órgão de governo, empresa pública ou sociedade de economia mista”, com o intuito de impedir a utilização da máquina pública, um bem de todos, em prol de qualquer candidatura, assim:

Art. 40. O uso, na propaganda eleitoral, de símbolos, frases, ou imagens, associadas ou semelhantes às empregadas por órgão de governo, empresa pública ou sociedade de economia mista constitui crime, punível com detenção, de seis meses a um ano, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa no valor de dez mil a vinte mil UFIR.

O art. 242 do Código Eleitoral proíbe, também, condutas destinadas a criar, artificialmente, nos eleitores, qualquer estado mental que possa induzi-lo de modo indevido em sua livre vontade. Precipualemente confundir um candidato com a própria gestão de qualquer órgão público, ou o assenhoreamento dos méritos da Administração Pública.

Art. 242. A propaganda, qualquer que seja a sua forma ou modalidade, mencionará sempre a legenda partidária e só poderá ser feita em língua nacional, não devendo empregar meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais.

Por isso, a cidadania, diz Jacinto Coutinho, reclama uma postura – uma tomada de posição – de todos²; mormente da Justiça Eleitoral, sendo preciso ser duro com o abuso do poder econômico e político tal como dispõe o art. 237 da Lei nº 4.737/65 (CE).

Art. 237. A interferência do poder econômico e o desvio ou abuso do poder de autoridade, em desfavor da liberdade do voto, serão coibidos e punidos.

Eis, em apertada síntese, por que o Estado tem por missão basilar produzir e aplicar as leis e, nesta dimensão, a Justiça Eleitoral submete-se a elas no sentido de que, nelas, vai expressa a sua missão de garantidora do devido processo eleitoral.

CONDUTAS VEDADAS AOS AGENTES PÚBLICOS

Manter o eleitor blindado contra as práticas ilegais no período eleitoral tem sido um desafio para o legislador e operadores do direito no Brasil. A cada eleição, repetem-se notícias que candidatos, partidos, coligações e agentes públicos praticaram atos de corrupção e de abuso de poder para conseguir o sucesso nas urnas. O mais grave dessa infeliz reincidência, é que muitos desses abusos são cometidos com uso do Poder Público.

Com a introdução do instituto da reeleição para os chefes do Poder Executivo pela Emenda Constitucional nº 16, de 4 de junho de 1997, que permite a reeleição mais uma vez ao mesmo cargo sem a necessidade de renunciarem, facilitou-se a prática dos atos de abuso de poder nas eleições com a utilização ilegal da máquina administrativa em benefício desses candidatos.

Para tentar frear a utilização indevida do Erário nas eleições, a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, conhecida como “Lei das Eleições”, inovou ao trazer o rol de condutas vedadas aos agentes públicos em período eleitoral (arts. 73 a 78). Essa lista surgiu, portanto, com o fim basilar de ser um freio, um antídoto contra os efeitos indevidos do instituto da reeleição e do uso do Poder Público durante o pleito. Da mesma forma, tais dispositivos também tutelam a igualdade de oportunidades entre os candidatos nos pleitos eleitorais.

Essas proibições, como já informado, da mesma forma, possuem o propósito de coibir abusos do poder de administração, por parte dos agentes públicos, em período de campanhas eleitorais, em benefício de determinados candidatos ou partidos, ou em prejuízo de outros. Assim, a lei procura manter a isonomia ou a paridade de armas entre os candidatos e partidos, evitando que qualquer agente público possa abusar de suas funções, com o propósito de trazer com isso algum benefício para o candidato ou para o partido de sua preferência.

Algumas das condutas vedadas aos agentes públicos em campanhas eleitorais elencadas no art. 73. da Lei nº 9504/97 serão aqui perfunctoriamente analisadas.

O inciso I do art. 73 da Lei nº 9.504/97 proíbe terminantemente “ceder ou usar, em benefício de candidato, partido político ou coligação, bens móveis ou imóveis pertencentes à administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos territórios e dos municípios, ressalvada a realização de convenção partidária”.

Trata-se de vedação genérica, não dependendo do tempo (aplica-se mesmo fora do ano eleitoral) e da esfera administrativa envolvida no pleito.

A única ressalva à realização de convenção partidária decorre do disposto no art. 8º, § 2º da Lei, de acordo com o qual, “para a realização das convenções de escolha de candidatos, os partidos políticos poderão usar gratuitamente prédios públicos, responsabilizando-se por danos causados com a realização do evento”.

Por outro giro, tal vedação já resultava implícita do inciso II do art. 24 da Lei nº 9.504/97, que proíbe a partidos e candidatos receber, direta ou indiretamente, doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie, procedente de órgão da administração pública direta e indireta ou fundação mantida com recursos provenientes do poder público. Como o uso de bens móveis ou imóveis da administração pública em benefício de partido, coligação ou candidato certamente seria estimável em dinheiro, a proibição já estava implícita.

Portanto, nenhum bem, de qualquer natureza que seja, pertencente à administração pública direta ou indireta da União (governo federal), dos Estados, do Distrito Federal ou dos municípios, pode ser utilizado em benefício de qualquer candidato, partido político ou coligação.

O inciso II do art. 73 da Lei nº 9.504/97 proíbe o uso de materiais e serviços colocados a serviço de mandatários, para o desempenho de suas tarefas ou meios propagandísticos eleitorais. Não impedindo sua divulgação para caráter informativo do mandato, bem como aquelas ações previstas no art. 36-A da Lei nº 9.504/97.

O inciso III do art. 73 da Lei nº 9.504/97 proíbe aos agentes públicos em geral a cessão de servidores públicos ou empregados da administração direta ou indireta federal, estadual ou municipal do Poder Executivo, ou o uso de seus serviços, para comitês de campanha eleitoral de candidato, partido político ou coligação.

O inciso IV do art. 73 da Lei nº 9.504/97 proíbe “fazer ou permitir uso promocional em favor de candidato, partido político ou coligação, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público.”

DAS PUNIÇÕES PELO DESCUMPRIMENTO DAS CONDUTAS VEDADAS

O § 4º do art. 73 da Lei nº 9.504/97 pune com a suspensão imediata da conduta vedada, qualquer violação às proibições contidas no mesmo artigo.

Além disso, os responsáveis pela realização da conduta proibida ficam sujeitos, ainda, à multa no valor de cinco mil a cem mil UFIRs. Por responsáveis devem ser entendidos, aqui, não apenas os agentes públicos que praticaram os atos vedados pelo artigo, como também os partidos e especialmente os candidatos que com a violação se tenha almejado beneficiar.

Além da suspensão imediata do ato e do pagamento de multa, o § 5º do art. 73 da Lei nº 9.504/97 acrescenta que, em se tratando de violação ao disposto nos incisos I, II, III, IV ou VI do caput do artigo, e sendo o violador candidato, ficará ele também sujeito à cassação do registro de sua candidatura ou do seu diploma, caso tenha obtido sucesso na eleição.

A realização por ele de alguma das condutas proibidas mencionadas naqueles incisos pode realmente caracterizar abuso do poder de autoridade, que, a seu turno, acarreta mesmo cassação de registro ou de diploma, nos termos do art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 1990 - Lei das Inelegibilidades.

Outrossim, o § 6º do art. 73 da Lei nº 9.504/97 determina a duplicação das multas a cada reincidência. Note-se que, reincidência significa aqui reiteração da conduta proibida, e não reincidência em seu sentido técnico-penal. Ademais, destaca-se, mesmo que a primeira violação ainda não tenha sido julgada, a multa pela prática da segunda já será dobrada.

Em outro ponto na norma verifica-se que, o § 7º do art. 73 da Lei nº 9.504/97 caracteriza a violação às proibições contidas em seu caput como atos de improbidade administrativa, na forma do art. 11 da Lei nº 8.429/92.

Neste pensar, o § 7º do art. 73 da Lei nº 9.504/97 enfatiza, em particular, a aplicação, aos infratores das proibições contidas nesse artigo, das punições previstas pelo inciso III do art. 12 da Lei nº 8.429/92, que incluem a suspensão dos direitos políticos do responsável por tais atos de improbidade administrativa e a perda da função pública que exerçam, além de multa civil.

Vale ressaltarmos que, essas punições previstas naquela lei serão aplicáveis ao agente público faltoso, sem prejuízo da suspensão da conduta vedada e da aplicação da multa administrativo-eleitoral, prevista pelo § 4º do art. 73 da lei eleitoral.

O § 8º do art. 73 da Lei nº 9.504/97 aplica de forma solidária a responsabilidade dos agentes públicos, dos candidatos, estes muitas vezes agentes públicos também, e ainda dos partidos políticos e das coligações que foram beneficiadas com as condutas vedadas praticadas.

Nesse sentido, inclusive, se a violação tiver tido por escopo beneficiar uma coligação, por exemplo, como ocorreu “in casu”, sem dúvida, todos os partidos dela integrantes deverão ser excluídos do rateio da parte do fundo composta com as multas previstas no § 4º do art. 73 da Lei Eleitoral.

Por fim, o art. 78 da Lei nº 9.504/97 também afirma, expressamente, que as punições previstas nos §§ 4º e 5º do art. 73 da mesma lei serão aplicadas sem prejuízo de

outras de caráter constitucional, administrativo ou disciplinar, que as demais leis possam prever. A responsabilidade pela infração eleitoral será distinta, portanto, da responsabilidade penal, constitucional ou administrativa, pela mesma conduta.

CONCLUSÃO

A Justiça Eleitoral tem o dever de eliminar práticas que afetem a *pars conditio* ou promovam o abuso do poder econômico e político (art. 14, § 9º, da Constituição Federal; art. 237 do Código Eleitoral; art. 19 da LC nº 64/90 e art. 22 da LC nº 64/90). Da mesma forma, é responsável pela regular fiscalização e prestação de contas dos partidos e candidatos (arts. 17 a 32, da Lei nº 9.504/97).

Quando o legislador previu as figuras do abuso de poder político, econômico e dos meios de comunicação social, definiu-lhes procedimento próprio e criou a severíssima pena da inelegibilidade em caso de sua configuração, tinha em tela expurgar da dinâmica eleitoral condutas capazes de macular, concretamente, o princípio da igualdade de oportunidades entre os concorrentes e da lisura do processo eleitoral. Dessa forma, algumas das condutas já tratadas aqui ensejam o ajuizamento de uma ação sob o rito do art. 22 da LC nº 64/90.

A respeito do Abuso do Poder Político Adriano Soares da Costa assevera³:

Abuso do Poder Político é o uso indevido de cargo ou função pública, com a finalidade de obter votos para determinado candidato. Sua gravidade consiste na utilização do múnus público para influenciar o eleitorado, com desvio de finalidade.

Note-se, oportunamente que, tendo algum investigado praticado conduta abusiva do Poder Político ou do Poder Econômico deverá sofrer a pena de inelegibilidade, pois é assim que determina nossa Legislação Eleitoral, conforme coaduna Fávila Ribeiro⁴:

O fato propulsor da inelegibilidade é o abuso do poder, para benefício próprio ou de terceiros, por ocupantes de cargos públicos, consoante apuração em devido processo legal, tornando-se por isso passível de inelegibilidade, (...)

Ora, ambas as hipóteses, como exigência da própria essência do abuso de poder, referem-se a causações econômicas ou políticas. 

NOTAS

- 1 BOBBIO, Norberto. *O Tempo da Memória: De Senectute e Outros Escritos Autobiográficos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997.
- 2 COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Temas de Direito Penal & Processo Penal (Por Prefácios Selecionados)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 128.
- 3 COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2000. p. 309.
- 4 RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 5. ed. 2000. p. 297.



ARQUIVO PESSOAL

ALLAN TITONELLI NUNES é Procurador da Fazenda Nacional, Especialista em Administração Pública pela FGV, Especialista em Direito Tributário, Ex-Presidente do Fórum Nacional da Advocacia Pública Federal e do Sinprofaz. Membro da Academia Brasileira de Direito Político e Eleitoral (ABRADEP).



ARQUIVO PESSOAL

MÁRCIO VIEIRA SANTOS é Advogado Eleitoralista, Doutor em Direito e em Ciência Política e Relações Institucionais. Membro da Academia Brasileira de Direito Político e Eleitoral (ABRADEP). Membro das Comissões de Direito Constitucional e Eleitoral do IAB.

Barragem de rejeitos e ou de resíduos?

POR TIAGO ANDRADE LIMA

“Se não ficar claro o vínculo indissociável da tecnologia com o meio ambiente e não se estruturar medidas de gestão de longo prazo, criar-se-á um círculo vicioso de novos desastres associados à perda de credibilidade quanto à segurança do controle ambiental no Brasil por parte de todos os envolvidos.”



O questionamento constante no título, para o público em geral, pode parecer sem sentido ou, no mínimo, sem qualquer efeito prático. Em tempos de críticas severas à fiscalização pelos órgãos ambientais licenciadores, à legislação brasileira sobre segurança de barragens e, até mesmo ao estado físico dos rejeitos, propõe-se trazer à tona uma discussão que, aparentemente, pode parecer conceitual, mas que traz profunda reflexão sobre o controle ambiental, o papel do estado e a visão de futuro sobre o licenciamento ambiental das atividades potencialmente poluidoras no país.

Inicialmente, importante entender que a Lei Federal 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos no Brasil, trouxe a distinção entre os conceitos de resíduo e de rejeito. De modo resumido, ao resíduo deve ser dada uma destinação final ambientalmente adequada que inclui a reutilização, a compostagem, a recuperação, dentre outros. Por outro lado, o rejeito, que se apresenta como o tipo de resíduo que não dispõe de alternativa tecnológica disponível e economicamente viável para recuperação, deve ser descartado de maneira ambientalmente adequada. Dessa forma, o rejeito, diferente do resíduo, por ausência de opção mais benéfica ao meio ambiente, deve ser enviado para aterros ou, como no caso, para as, tão mencionadas ultimamente, barragens.

Em uma análise rasteira, poder-se-ia entender que o material gerado em Brumadinho, que foi descartado em uma barragem de rejeitos, enquadrar-se-ia nesta última hipótese, restando, ao poder público tão somente determinara o empreendedor o estabelecimento de políticas de segurança para proteção desses locais.

No entanto, por se tratar de um método arcaico, utilizado há décadas, caberia ao estado, na condição de formulador de políticas públicas, estimular a adoção, pelo empreendedor, de novas tecnologias com vistas a transformar rejeito em resíduo, buscando formas de reaproveitamento desse material.

A título de exemplo, pode-se mencionar o caso dos pneus: Antes do advento da Resolução do CONAMA 416/2009, que tratou do descarte dos pneus inservíveis, esses resíduos eram descartados a céu aberto ou, quando bem geridos, em aterros apropriados, por não haver alternativa tecnológica para seu reaproveitamento. A edição da supracitada norma, associada ao exercício do controle ambiental e à responsabilização, pelo descarte ambientalmente adequado, em face dos fabricantes, fez com que se buscassem saídas para dar viabilidade a essa obrigação. Assim, alternativas como a utilização do pneu inservível para a fabricação de material asfáltico e para o aproveitamento na indústria de cimento, em substituição ao coque de petróleo, surgiram, transformando um problema ambiental em um insumo importante para alguns processos produtivos.

Esse exemplo serve para entender que, associada à imprescindível necessidade de fiscalização das barragens, da cobrança por formas mais seguras de descarte, como por exemplo de o rejeito passar por um processo para torná-lo seco, há que se perseguir a evolução da alternativa tecnológica para transformá-lo num insumo.

No caso de Brumadinho, por mais incrível que possa parecer, essa alternativa para reaproveitamento desses *pseudo* rejeitos já existe. Em 2015, o laboratório da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG desenvolveu uma técnica para transformar esse material em insumo para a atividade da construção civil. Há inclusive casos de edificações erguidas com ele.

Portanto, mostra-se patente que a barragem de resíduos, não de rejeito, não tem a menor razão de existir. Saliente-se, no entanto, que, por esse motivo, não se deve demonizar o empreendedor.

Vive-se num país em que não se estimula a pesquisa e o desenvolvimento de novas tecnologias. Isso, aliado, por exemplo, à alta carga tributária vigente, e ao fato de o controle ambiental se submeter, por vezes, à discricionariedade da análise de um servidor público que trata casos iguais de maneira completamente diferentes, torna o empreendedor prisioneiro do atendimento à risca das restrições e condicionantes ambientais impostas pelo órgão ambiental. Nada mais.

Também não se pode querer culpar o órgão ambiental ou a agência nacional de mineração que exercem suas funções em condições de precariedade, o que os impede de cumprir com dignidade suas finalidades. Os servidores, da mesma forma, sempre em número reduzido, sem qualquer planejamento para priorizar a fiscalização das atividades com grau alto de impacto, e sem condições de fazer as análises com a qualidade e o zelo necessários.

Não se trata, portanto, numa visão de futuro, de se pugnar por maior fiscalização ou ainda por legislação mais severa, mas sim, de buscar a pavimentação de um caminho de uso tecnológico para eliminação ou redução da geração de rejeitos no Brasil.

Mostra-se imperioso fazer a gestão ambiental no Brasil alcançar seu voo de cruzeiro, olhando as atividades poluidoras existentes no Brasil acima das questões do dia a dia, pensando o futuro das grandes cidades e buscando a racionalização da utilização de nossos recursos naturais, de modo a obrigar, nesse caso, o empreendedor a buscar alternativas tecnológicas para o melhor aproveitamento do rejeito ou resíduo gerado em seu processo produtivo, mas, de igual modo, oferecendo condições tributárias e de viabilidade econômica que propiciem o desenvolvimento, inclusive, de novas cadeias produtivas criadas a partir do reaproveitamento desses resíduos.

O desastre de Brumadinho acentuou a necessidade de revisão dos controles de fiscalização e da legislação penal. No entanto, se não ficar claro o vínculo indissociável da tecnologia com o meio ambiente e não se estruturar medidas de gestão de longo prazo, criar-se-á um círculo vicioso de novos desastres associados à perda de credibilidade quanto à segurança do controle ambiental no Brasil por parte de todos os envolvidos. 



ARQUIVO PESSOAL

TIAGO ANDRADE LIMA é sócio-titular da área de Direito Ambiental do Queiroz Cavalcanti Advocacia.



**(Judex) a quo... ad quem
(Juiz/órgão jurisdicional)
do qual... para o qual**

O Cônsul Cícero denuncia a
conspiração da Catilina no
Senado romano, em 63 d.C.

POR VICENTE DE PAULO SARAIVA

Não poucas pessoas me têm perguntado se é lícito alterar a locução originária acima por esta outra, ou seja, a *qua... ad quam*, quando na instância de origem e/ou na recursal nos depararmos com juízas, desembargadoras ou ministras.

Mister se faz então darem-se explicações morfossintáticas, a respeito, para não se desvirtuar o verdadeiro sentido da expressão.

É que o termo que está em jogo é *judex* (expresso ou mesmo subentendido), definido como masculino nos melhores dicionários – como QUICHERAT, GAFFIOT e o nosso SARAIVA, certamente porque não se tem notícia de que no direito romano se utilizassem mulheres na prestação jurisdicional. E tal é bastante lógico deduzir-se.

Porquanto, sintetizando-se o que amplamente já se desenvolveu no verbete *Actio* (Ação), sabe-se que no procedimento ordinário das *legis actiones* (ações da lei) e no *per formulas* (formulário) era designado como juiz um mero particular eleito pelas partes, extraído dentre os senadores, cavaleiros, patrícios e tribunos, cujos nomes constavam do *album judicum* (álbum dos juízes), aos quais cabia atuarem na primeira fase, denominada *in jure* (diante do magistrado), quando se fixavam a ação e os limites das respectivas pretensões.

Também não há referências a mulheres no exercício da *extraordinaria cognitio*, quando o juiz já era um funcionário imperial com jurisdição e competência desde a primeira instância ou mesmo em nível de apelação, atuando em virtude de sua própria competência ou por delegação de um funcionário superior.

Por isso, quando se diz *a quo... ad quem* – referindo-se às decisões judiciais –, o termo subentendido não poderia ser *judicium* (juízo), porquanto, sendo este um substantivo neutro, a expressão teria que ser: *a quo... ad quod*; nem igualmente poderia ser *instantia* (= instância judicial), porquanto, sendo este um substantivo feminino, a expressão seria: *a qua... ad quam*. Daí, que o termo (expresso ou elíptico) haja de ser necessariamente *judex* – como está encimado no presente verbete –, pois tal substantivo deve ser considerado sobrecomum (isto é, de sentido aplicável a ambos os sexos), significando o órgão judiciário, e não a pessoa (homem ou mulher) do julgador, seja em que juízo ou em que instância for (Insts. 4, 104/105 e 109; D. 1, 18, 8; 5, 1; e 49, 1, 21, 1; C. 30, 1).

Daí, as designações, p. ex., de *judex ordinarius* (= juiz ordinário), com competência apenas para a primeira instância, em geral (C. 1, 3, 32; e 1, 37, 2; D. 42, 1, 59, par.); de *judex appellationis* (= juiz da apelação), com competência própria para conhecer da apelação (D. 2, 14, 40, 1); de *judex datus/delegatus* (= juiz dado/delegado), a quem um magistrado superior delegava a própria competência para conhecer de uma certa matéria (D. 5, 1, 49, 1; e 1, 18, 8); e de *judex pedaneus* (= juiz subalterno), delegado por um governador de província para conhecer de assuntos de maior monta (*majoris causae*) [D. 3, 3, 2, par./ C. 3, 3]. (De observarem-se os objetivos acima, subsequentes a *judex*, sempre concordando com este no gênero masculino.) Achavam-se, assim, implícitos, pelo menos, os conceitos que assentavam a distinção entre jurisdição e competência: aquela, uma só, como o exercício da soberania do Estado, atribuída a todos os órgãos judiciários; e esta, como o exercício daquela, fragmentada dentro dos limites assinalados na legislação positiva, excludente dos demais órgãos jurisdicionais; pois cada país, mediante a política legislativa conveniente às próprias conjunturas, estrutura seus diferentes órgãos judiciários dessa ou daquela forma.

A generalidade dos ordenamentos jurídicos modernos acolhe a repartição entre órgãos inferiores e superiores – consagrando o princípio do duplo grau de jurisdição, ensejando que o sucumbente na lide recorra do que anteriormente fora decidido. E tal princípio é o que externa especificamente a presente expressão: (*judex*) *a quo... ad quem*.

Nossa Constituição Federal, no Capítulo III de seu Título IV, distribui os órgãos do Poder Judiciário, estaduais e federais (arts. 92-126), levando em consideração a natureza da lide e a qualidade das pessoas: assim, como regra geral, a competência originária é dos órgãos judiciários de primeiro grau; e a recursal, dos tribunais estaduais ou regionais federais; ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal – Que são tribunais nacionais – cabe, ao primeiro, uniformizar a interpretação da legislação federal infraconstitucional (face a face às decisões dos Tribunais Regionais Federais ou dos Tribunais dos Estados, Distrito Federal e Territórios); e ao segundo manter o respeito à Constituição Federal, como cúpula do Poder Judiciário.

Os Códigos Adjetivos e de Organização Judiciária, bem como os Regimentos Internos dos Tribunais, especificam ainda mais e minudenciam as competências dos diversos órgãos da Justiça, inclusive internas, afóra da operacionalidade de sua própria administração. ¶



VICENTE DE PAULO SARAIVA é Subprocurador-Geral da República (aposentado) e autor da obra *Expressões Latina Jurídicas e Forenses* (Saraiva, 1999, 856 p.).

POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

O trote acadêmico e a dignidade do universitário

“A dignidade Acadêmica, compreendida no alargamento constitucional previsto no art. 1º, III como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, consagra a garantia e segurança para que o discente possa, em regime de liberdade de pensamento, com igualdade e respeito, atingir suas mais altas aspirações, contribuindo, desta forma, para a construção de uma sociedade mais justa e harmônica.”

Os alunos do curso de medicina da Unifran (Universidade de Franca), na recepção feita às calouras, leram a elas um juramento para que, ajoelhadas, repetissem em coro o seu teor, no sentido de que “nunca recusariam a tentativa de coito” e que iriam se submeter à vontade dos veteranos, entoando “me reservo totalmente à vontade dos meus veteranos e prometo sempre atender aos seus desejos sexuais.” Já os calouros, também em coro, fizeram o juramento em que prometiam “usar, manipular e abusar de todas as dentistas e fafecianas que tiverem oportunidade, sem ligar no dia seguinte.”¹

Indiscutível que se trata de conteúdo machista, discriminatório, homofóbico, revestido de indisfarçável constrangimento. O trote vazou as divisas do campo universitário e se alastrou pelo noticiário, grupos de WhatsApp, Facebook e outros canais, obrigando o Ministério Público de Franca a instaurar inquérito civil para apurar as responsabilidades pelo feito.

Quando parecia que o trote considerado violento ou ofensivo havia cedido seu lugar a uma atitude mais cordata dos alunos veteranos, num clima totalmente inadequado, em razão até mesmo das novas posturas do alunato, ressurgiu num ato isolado e condenável, trazendo consequências desagradáveis à proposta acadêmica.

O que era para ser uma reunião de confraternização, no entanto, passa a ser um palco de diversões em que os alunos veteranos constroem moral e sexualmente os novatos, instalando-os numa verdadeira antecâmara de horrores. Quebram, de uma só tacada, todas as regras recomendadas na convivência acadêmica. Em vez de proporcionarem o abraço de boas vindas, lançam a humilhação e o desprezo, num clima hostil, cercado de rivalidade.

Trata-se de um comportamento totalmente reprovável, uma vez que participam somente alunos universitários, muitos deles nos últimos anos da graduação, e que deveriam fazer prevalecer o equilíbrio, o bom senso e o comedimento na comemoração, buscando um encontro saudável, sem qualquer conotação de ameaça e violência.

A tradição, no caso específico, não tem o condão de eximir os responsáveis pelo cometimento de ilícitos penais que por ventura venham a ser praticados. É totalmente inconcebível o estudante ingressar em uma universidade, onde projetou a concretização de seus sonhos para atingir sua realização profissional, e ser recebido com desprestígio e, acima de tudo, com práticas forçadas de atos sexuais, instalando a barbárie no centro de referência educacional em que se busca o conhecimento.

A universidade, como o próprio nome revela, é união, conjunto, participação, envolvendo professores, alunos e comunidade, compartilhando e disseminando sabedoria. Retirar a violência das ruas e implantá-las na casa de ensino superior é favorecer de forma considerável a escalada que alimenta a demolição dos valores. É desolador ver o estudante agredindo o próprio estudante, hoje seu colega de banco e amanhã do convívio profissional.

A dignidade Acadêmica, compreendida no alargamento constitucional previsto no art. 1º, III como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, consagra a garantia e segurança para que o discente possa, em regime de liberdade de pensamento, com igualdade e respeito, atingir suas mais altas aspirações, contribuindo, desta forma, para a construção de uma sociedade mais justa e harmônica.

Não é proposta de se retirar o pão e o circo. É fazer com que nossos estudantes sejam realmente criativos e ordeiros em receber os novatos, proporcionando a eles um ambiente verdadeiramente acolhedor, sem qualquer coação ou constrangimento. Já que o universitário representa a vida cultural do país e será o seu espelho no futuro, cabe-lhe a tarefa de aprimorar o relacionamento com o novato, para que seja extirpada definitivamente a ideia errônea do trote.

Melhor encaminhamento seria dado ao trote se fosse eleita a proposta de doação de sangue para os hemocentros que gritam por socorro em razão do baixo estoque, ou pela inscrição como doador de medula óssea no Registro de Doadores Voluntários de Medula Óssea junto ao REDOME, órgão do Ministério da Saúde encarregado do cadastramento de doadores.

Seria o trote ideal para quem vai abraçar a carreira médica. 📄

NOTA

- 1 <https://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2019/02/05/mp-investiga-trote-em-franca-em-que-calouros-juram-nunca-recusar-tentativa-de-coito-d>



EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR é promotor de justiça aposentado/SP, mestre em direito público, pós-doutorado em ciências da saúde, reitor da Unorp, advogado.

Adoção à brasileira: crime ou causa nobre?

POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE E RAPHAELA LOPES RODRIGUES

No mundo atual, a adoção possui duas definições; a definição jurídica e a social. Juridicamente, a adoção é um negócio jurídico extrapatrimonial que envolve dois indivíduos interessados em obter a guarda de uma criança por diversos motivos; esse processo é classificado como complexo, uma vez que para haver a guarda integral e absoluta de um menor impúbere são necessários diversos requisitos, entre eles: a adaptação do casal com a criança, o preenchimento de recursos necessários exigidos neste processo e até mesmo o lapso de tempo é influente nessa questão, pois todo o decorrer do negócio exige espera e principalmente paciência.

“Os Tribunais e principalmente o Superior Tribunal de Justiça já pacificaram entendimento de que deve prevalecer o melhor interesse da criança, não sendo justo desconstruir um laço familiar já consolidado. É mister destacar que esta conduta apenas deixará de ser punida quando estiver claro que a conduta do agente foi realizada com a finalidade de garantir uma vida digna em face daquele menor, sendo este um direito inerente a todo pequeno cidadão, mas que, infelizmente, nem todos possuem.”



Para o ponto de vista social, chamar a adoção de “negócio jurídico” acaba soando de forma pejorativa, pois para qualquer indivíduo, esse ato nada mais é do que uma enorme demonstração de amor por um ser pequeno que não pertence originalmente à família, por isso mesmo há a questão de um afeto infinito por um filho que não é fruto de uma concepção natural entre homem e mulher, e sim fruto de uma relação de amor que envolve olhar para uma criança desconhecida e chamá-la de “meu filho”.

A adoção à brasileira é mais uma forma de se realizar o sonho de ter um filho, entretanto, esta conduta não é privilegiada pelo nosso ordenamento jurídico, uma vez que constitui crime expresso nos arts. 242 e 297 do Código Penal, entretanto, muitas pessoas acabam optando por esta prática, sendo que, em muitos casos, o Estado sequer fica ciente da prática realizada. O ordenamento jurídico pune este ato com o fim de evitar que crianças venham a ser vendidas, exploradas, traficadas e maltratadas. Embora exista uma preocupação em torno desta prática, cada história deve ser analisada concretamente.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ADOÇÃO

Desde a Antiguidade o homem vivencia muitas cobranças que recaem sobre si em relação à sociedade, e uma delas é a cobrança de se estabelecer uma família com filhos para que não ocorra a extinção desse verdadeiro “culto” doméstico, e se esta concepção não advier de meios naturais, devia se optar pela adoção, como demonstra Monteiro (1980, p. 260):

O instituto da adoção tem sua origem mais remota no dever de perpetuar o culto doméstico. Como diz Fustel de Coulanges, é nesse sentimento religioso que ela tem seu princípio. A mesma religião que obrigava o homem a casar, que concedia o divórcio no caso de esterilidade e que por morte prematura, ou impotência, substituía o marido por um parente, oferecia ainda à família último recurso para escapar à desgraça tão temida da extinção. Esse recurso era o direito de adotar.

Como apresentado, a adoção não é um ato recente. Há milhares de anos que se constata esta prática no mundo e, para melhor esclarecer esta ideia, citamos o que diz Venosa (2014, p. 287-288):

A adoção, como forma constitutiva do vínculo de filiação, teve evolução histórica bastante peculiar. O instituto era utilizado na Antiguidade como forma de perpetuar o culto doméstico. Atualmente, a filiação adotiva é uma filiação puramente jurídica, baseando-se na presunção de uma realidade não biológica, mas afetiva (Carbonnier, 1999:337). A Bíblia nos dá notícias de adoções pelos hebreus. Também na Grécia o instituto era conhecido, como forma de manutenção do culto familiar pela linha masculina. Foi em Roma, porém, que a adoção difundiu-se e ganhou contornos precisos. “Adotar é pedir à religião e à lei aquilo que da natureza não pôde obter-se”.

A ideia fundamental já estava presente na civilização grega: se alguém viesse a falecer sem descendente, não haveria pessoa capaz de continuar o culto familiar, o culto aos deuses-*lares*. Nessa contingência, o *pater familias*, sem herdeiro, contemplava a adoção com essa finalidade.

Como é possível perceber, a adoção visava preencher o vazio hereditário que haveria em uma família caso não houvesse nenhum descendente, pois o importante

era preservar o culto familiar e levar adiante por muitos anos a cultura de um lar; foi apenas em Roma que a adoção ganhou uma definição mais sentimental do que um conceito de hereditariedade, a finalidade básica antiga da adoção que passou para o atual Direito Civil era de que ela pudesse imitar a natureza: *adoptio naturam imitatur* (VENOSA, 2014, p. 288).

No Direito Romano havia duas modalidades de adoção: a “doptio” e a “adrogatio”, consistiam, respectivamente: em uma pessoa capaz que abandonava publicamente o seu culto doméstico biológico para assumir o culto do adotante e a segunda modalidade, sendo a mais antiga e pertencente ao Direito Público, exigia uma forma mais solene para realizar a adoção (VENOSA, 2014, p. 288). Para haver a adoção “adrogatio”, eram necessários alguns requisitos, sendo estes citados por Venosa (2014, p. 288):

Os requisitos da ad-rogação eram estabelecidos pelos pontífices: o ad-rogante deveria ser um *pater familias* sem herdeiro masculino; era indispensável o consentimento do ad-rogando, que não podia ser mulher nem impúbere, uma vez que ambos não tinham acesso aos comícios; a ad-rogação somente podia ocorrer em Roma, pois fora da cidade os comícios não se reuniam.

Como é possível observar, a adoção “adrogatio” era complexa, uma vez que se exigiam vários atos para a sua concessão, entretanto, é importante notar que as mulheres e os menores impúberes (tanto do sexo masculino como do feminino, menores de 16 anos de idade) não podiam ser adotados, uma vez que não tinham acesso aos comícios e também não eram a melhor opção para se continuar com a hereditariedade da família. Além dos requisitos já citados, também havia outros, tão importantes como estes, sendo: idade mínima de 60 anos do adotante, sem filhos biológicos, devendo o adotante ser no mínimo 18 anos mais velho do que o adotado. Durante esse período, apenas os homens podiam adotar, as mulheres só passaram a ter esse direito durante a fase imperial, todavia, apenas se houvesse a autorização do imperador (VENOSA, 2014, p. 289).

O Código de Hamurabi, escrito no século 18 a.C., também possuía suas próprias leis em relação à adoção; esta prática era permitida e o adotado não poderia mais ser reclamado, ou seja, voltar para à sua casa de origem, entretanto, existia a possibilidade de regresso se este se revoltasse contra os seus pais adotivos (arts. 185 e 186). Havia também drásticas punições para os filhos adotivos que não reconhecessem seus pais adotivos, podendo receber como castigo a punição de ter a língua cortada e até mesmo os olhos arrancados (arts. 192 e 193) (BUENO, 2012, p. 37-38).

Durante a Idade Média, por conta do Direito Canônico, a adoção caiu em desuso; mas durante a Idade Moderna, graças à legislação da Revolução Francesa, a adoção voltou à baila, sendo inserida posteriormente no Código Napoleônico de 1804 (VENOSA, 2014, p. 289).

A adoção também sempre esteve presente no Brasil, entretanto, foi apenas em 1990 com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA que este ato ganhou uma nova regulamentação no nosso país, embora o Código Civil de 1916 já tratasse do tema; como ressalta Caio Mário Pereira (2010, p. 411):

Com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) nova regulamentação se deu para a adoção no Brasil. Prevaleceu, ainda, por destacado período

a ideia da adoção como meio jurídico para assegurar descendência para aqueles que não a tinham de seu próprio sangue. A partir da década de 1990 novo paradigma passou a orientar a adoção: a busca de uma família para aqueles que não tinham a possibilidade de permanecer na família biológica, prevalecendo, assim, o melhor interesse da criança e do adolescente como orientação jurídica.

O Código Civil de 1916 considerou a adoção como uma relação jurídica entre adotante e adotado, havendo entre eles apenas um parentesco meramente civil, possuindo como objetivo proporcionar filiação para aqueles que não pudessem ter filhos biológicos. Alguns dos requisitos para a adoção eram que o adotante tivesse 30 anos ou mais e, se fosse casado, deveria ter decorrido cinco anos após o seu matrimônio; isto nada mais era do que uma forma de garantia para as partes deste negócio jurídico, pois com estes requisitos, o adotante seria considerado maduro o suficiente para amparar a criança e não lhe causar nenhum dano psicológico em decorrência da ausência de experiência por parte dos pais adotivos (PEREIRA, 2010, p. 411).

Atualmente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 227, § 6º assegura que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Mas nem sempre foi assim, no Código Civil de 1916 os filhos adotivos eram tratados de maneira diferente, como demonstra Pereira (2010, p. 413):

Quando o adotante tinha filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolvia a sucessão hereditária (Código Civil, art.377, na redação advinda da Lei nº 3.133, de 8 de maio de 1957). Daí resulta esta situação: com filhos supervenientes à adoção, sucedia o adotado na forma do art. 1.605, § 2º Não tinha direito sucessório se à sucessão do adotante se habilitassem filhos legítimos, legitimados ou naturais reconhecidos, já existentes quando se efetuou a adoção. Reversamente, o adotado tinha de prestar alimentos ao adotante, na condição de filho, e segundo os princípios gerais pertinentes. Se falecesse o adotado sem descendência, e lhe sobreviessem os pais e o adotante, a herança ia por inteiro aos primeiros, mas na sua falta passava aos pais adotivos, embora existissem colaterais.

Muitos anos se passaram e atualmente a adoção está presente no nosso dia a dia, tal ato não ocorre mais exclusivamente por conta da ausência de prole, mas sim porque algumas pessoas se apaixonam por uma criança, uma vez que possuem o desejo de ter uma família maior ou simplesmente porque o amor pela filiação é tão grande que há a necessidade de se ter um ou mais filhos.

A bem da verdade, inobstante o tratamento legal da matéria, esse liame de afeto sempre permeou a grande maioria dos atos de adoção; o que a legislação moderna ordinária e constitucional fizeram foi somente reconhecer esse aspecto fundamental e humano do instituto jurídico. Na Carta Maior de 1988 há direitos fundamentais para que toda criança possa crescer feliz e saudável (arts. 6º e 227), sem qualquer forma de discriminação, logo, tanto crianças oriundas de um processo natural como aquelas provenientes de adoção merecem as mesmas garantias.

A adoção é um ato afetivo que pode mudar tanto a vida do adotado como a vida do adotante, mas para que tudo ocorra dentro dos parâmetros da lei, atualmente contamos com a Lei nº 12.010 de 2009, conhecida como Lei da Adoção e o

atual Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069 de 1990; ou seja, a adoção passou por muitas fases ao decorrer dos séculos, sempre tentando se aperfeiçoar um pouco mais, todavia uma definição antiga de Justiniano perdurou ao longo dos séculos: a adoção deve imitar a filiação natural (VENOSA, 2014, p.289), ou seja, mister que o filho adotivo seja tão amado e protegido como o filho biológico, e assim se faz hoje em dia.

A ADOÇÃO NA ATUALIDADE

A adoção nada mais é do que um ato jurídico com suas devidas formalidades que, obedecendo aos requisitos legais, estabelece entre duas ou mais pessoas, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo de filiação, trazendo para a família um estranho na condição de filho (DINIZ, 2011, p. 546).

Atualmente no nosso ordenamento jurídico podemos encontrar três grandes leis que tratam e regulam o instituto da adoção: o Código Civil (Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002), o Estatuto da Criança e do Adolescente, também conhecido como ECA (Lei nº 8.069/90) e a nova Lei Nacional da Adoção (Lei nº 12.010 de 03 de Agosto de 2009). Embora atualmente a adoção esteja regulamentada e consolidada por leis específicas, nem sempre foi assim. A adoção talvez seja o instituto do Direito de Família que mais sofreu alterações e retalhos ao longo da história da legislação brasileira, podendo – se concluir assim, que o tema da adoção nunca foi estável no Brasil (TARTUCE, 2014, p.420).

Embora essas leis tratem da adoção, considera-se que a problemática só ficou claramente consolidada e firmada no Estatuto da Criança e do Adolescente, como aponta Tartuce (2014, p. 420-421):

Além de tudo isso, contribuindo com a situação de dúvidas, o Código Civil de 2002 tratou do assunto. Mais ainda, como uma peça da colcha, foi promulgada a Lei nº 12.010, em 3 de agosto de 2009, conhecida como Lei Nacional da Adoção ou Nova Lei da Adoção. O que se nota é que o tema adoção nunca teve no Brasil uma estabilidade legislativa consolidada, o que se espera ocorrer com a novel legislação.

A nova norma revogou vários dispositivos do Código Civil que tratavam da adoção (arts. 1.620 a 1.629), alterando, ainda, os arts. 1.618 e 1.619 da atual codificação privada. Em síntese, pode-se afirmar que a matéria ficou consolidada no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), que também teve vários dos seus comandos alterados (grifos do autor).

Antes do advento da Lei nº 12.010 de 3 de agosto de 2009, o Código Civil Brasileiro era responsável para tratar sobre a adoção, mas como cita Gonçalves, isto mudou após a promulgação desta nova lei (2011, p. 384):

No sistema da Lei nº 12.010 de 3 de agosto de 2009, que dispõe sobre adoção e alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente o instituto da adoção compreende tanto a de crianças e adolescentes como a de maiores, exigindo procedimento judicial em ambos os casos (ECA, art. 47; CC, art. 1.619, com a redação dada pela Lei nº 12.010/2009). Descabe, portanto, qualquer adjetivação ou qualificação, devendo ambas ser chamadas simplesmente de adoção.

Visando dar estabilidade ao instituto da adoção, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu medidas para este e esclareceu que o objetivo principal

é dar um lar para a criança que se encontra em abrigos, como menciona Pereira (2010, p. 420-421):

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) estabeleceu rigoroso sistema para a adoção de menores de 18 anos, cujos requisitos foram recepcionados, em grande parte, pela Lei Civil de 2002. A Lei nº 12.010, de 2009, conhecida como “Lei Nacional da Adoção”, fez alterações significativas no “Estatuto”, visando, especialmente, criar incentivos para que crianças e adolescentes retornem para o convívio familiar ou encontrem um lar adotivo, evitando que permaneçam, de forma permanente, em instituições de acolhimento (abrigos).

Outro marco fundamental da Lei Nacional da Adoção foi estabelecer prazos para dar rapidez ao processo de adoção e conseqüentemente garantir a dignidade da criança que se encontra em um abrigo, como menciona Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 382):

A referida Lei Nacional da Adoção estabelece prazos para dar mais rapidez aos processos de adoção, cria um cadastro nacional para facilitar o encontro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados por pessoas habilitadas e limita em dois anos, prorrogáveis em caso de necessidade, a permanência de criança e jovem em abrigos. A transitoriedade da medida de abrigamento é ressaltada na nova redação dada pelo art. 19 do ECA, que fixa o prazo de seis meses para a reavaliação de toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional. O cadastro nacional foi definido em resolução do Conselho Nacional de Justiça.

Como destaca o § 1º do art. 39 do Estatuto da Criança e do Adolescente, “A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa (...)”, ou seja, a adoção é contemplada pelo ordenamento jurídico, entretanto, para que uma criança seja encaminhada para a adoção, é de suma importância que todos os recursos de manutenção da estabilidade desta estejam esgotados, isto garante que aquele menor possa ter a sua dignidade humana respeitada, uma vez que ele não foi simplesmente desprendido de sua família biológica sem nenhuma chance de se estabelecer uma situação melhor.

Depois de tantas transformações nesse instituto jurídico, sempre com o objetivo de agilizar o processo de adoção para que as crianças não permaneçam tanto tempo nos abrigos, infelizmente no Brasil ainda há vários menores em abrigos e, paralelamente a isso, também há vários “pais em potencial” que desejam acolher no seio familiar um novo membro, entretanto, em vista da morosidade e cansaço de tal procedimento, muitos (in)felizmente optam por uma adoção mais rápida e sem qualquer burocracia social ou jurídica, a adoção ilegal, prevista no art. 242 no Código Penal, também conhecida como “adoção à brasileira”.

ADOÇÃO À BRASILEIRA

A adoção à brasileira, também conhecida como adoção ilegal caracteriza-se quando a genitora ou a família biológica simplesmente entrega a criança a um indivíduo estranho, onde este muito provavelmente registrará a criança como seu filho próprio, sem sequer ter passado por um processo judicial de adoção. Ao

nos depararmos com tal situação, é mister questionar por que tal ato ilegal é tão comum no nosso país, mesmo havendo legislações específicas para a regularização de tal procedimento e possuindo previsão no Código Penal ao descrever a conduta no art. 242: “Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil.”, com pena cominada de 2 a 6 anos de reclusão.

Possíveis fatores que levam à conduta da adoção à brasileira

Como já destacado, independentemente do procedimento escolhido para se adotar um estranho e torná-lo como filho, o objetivo da adoção nada mais é do que aumentar a família, seja por amor ou simplesmente em razão de querer continuar com a genealogia; entretanto, mesmo existindo amparo jurídico para a consolidação de tal ato, é importante levarmos em consideração alguns fatores que conduzem a tal prática da adoção ilegal, como o desejo de ter para si um novo membro na família, a sensibilidade em face do abandono infantil que ocorre em nossa sociedade e o afeto com crianças (NASCIMENTO, 2014).

De acordo com o relatório de pretendentes cadastrados para a adoção, fornecido pelo site do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, atualmente há no Brasil exatamente 43.891 mil pessoas na fila da adoção aguardando pela obtenção da guarda de uma criança, sendo que 20.721 mil destas pessoas estão concentradas na região sudeste. Por outro lado, no Cadastro Nacional da Adoção – CDA, também é fornecido que exatamente 8.889 mil crianças ainda estão disponíveis para a adoção; ora, por uma obviedade, há mais possíveis adotantes do que crianças para serem adotadas, mesmo assim, tanto a morosidade do processo judicial, como exigências dos possíveis pais em relação a criança (raça, cor, idade etc.) acabam por dificultar ainda mais tal procedimento, fazendo com que estes se esgotem e acabem por optar por uma solução mais fácil, uma vez que o desejo de obter uma nova prole é gigantesco.

Como bem destaca o art. 226 da nossa Carta Maior, a família é a base da sociedade e merece proteção especial do Estado; é fato que com o passar dos anos o conceito de família ficou mais amplo, abrangendo não só a família patriarcal, mas também outras modalidades desta, como bem preceitua Lobo (2009):

- a) união com vínculo do casamento, com filhos biológicos;
- b) união com vínculo de casamento, com filhos biológicos e não biológicos ou somente com filhos não biológicos,
- c) união estável com filhos biológicos,
- d) união estável com filhos biológicos e não biológicos ou somente não biológicos,
- e) entidade monoparental composta de pai ou mãe e filhos biológicos;
- f) entidade monoparental composta de pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos ou somente adotivos,
- g) grupo parental de irmãos ou de avós e netos, ou de tios e sobrinhos,
- h) entidade formada por pessoas sem vínculo de parentesco, em convivência permanente com laços de afetividade e auxílio mútuo, sem fins sexuais ou econômicos,
- i) união homoafetiva com finalidade sexual e afetiva,
- j) união concubinária, na qual ocorre impedimento para o casamento de um ou ambos conviventes, com ou sem filhos,
- k) famílias recompostas, formadas por padrasto e madrasta e enteados.

Assim, podemos notar que o ser humano está cada vez mais disposto a se inserir em novos meios sociais familiares, para que possa ser aceito como membro de uma família estruturada, entretanto, como a maioria das famílias possuem filhos, aquelas que não possuem sempre buscam meios de complementá-la, e quando a prole não chega através de vias biológicas, a adoção torna-se uma opção para concretizar tal desejo. Percebe-se que a adoção não se trata apenas de um ato isolado de caridade, mais sim da satisfação de um desejo subjetivo relacionado à maternidade/paternidade.

Como mencionado, no Brasil há 8.889 mil crianças esperando para serem recebidas em uma nova família. Como a adoção, segundo o ECA, trata-se de medida excepcional, percebemos que de fato há uma realidade que demonstra que milhares de menores de idade não podem conviver com sua família biológica, gerando consequentemente um abandono afetivo que reflete nas condições emocionais destas crianças, fazendo com que, paralelamente, outros milhares de adultos se comovam com tal situação, optando estes por trazerem alguma destas para seu seio familiar.

Em uma matéria realizada pelo jornal “Estadão”, é relatado de forma simples, porém objetiva, o maior dilema daqueles jovens que não conseguem ser adotados: o que fazer após completar 18 anos de idade? Várias pessoas ao tomarem conhecimento da realidade de um abrigo e, principalmente a realidade daqueles que serão expulsos deste ao atingirem a maioridade civil faz com que nasça o desejo da adoção, impedindo que aquela criança cresça sem perspectiva de vida. Conjuntamente a isto, percebemos que adotar, além de exigir afeto em face das crianças, também exige coragem e disponibilidade de garantir uma vida digna para elas.

Percebe-se que o sentimento em face de crianças abandonadas, se somado ao desejo de se aumentar a composição familiar faz com que várias pessoas optem pela adoção, sendo este um ato nobre. Entretanto, embora existam várias crianças em abrigos, muitas delas deixam de ser adotadas, uma vez que o processo de adoção exige tempo e paciência. Assim, aqueles que desejam a adoção acabam por optar por uma via mais fácil, mesmo se tratando de um ato ilegal.

A prática da adoção ilegal atualmente

A conduta é praticada há vários anos em nosso país, não podendo se dizer ao certo quando começou e quantas pessoas ingressaram no seio familiar através desta prática, mas uma coisa é certa, a adoção à brasileira existe e (in)felizmente ainda existirá enquanto existirem pessoas dispostas a realizar tal procedimento, seja com boas ou más intenções.

Ora, é fato que estes “pais ilegais” optam pelo procedimento mais fácil por não acreditarem no sistema oferecido pela legislação, realizando todos os atos à margem da lei, sem se preocuparem (naquele momento) com as consequências deste ato, que poderá ser descoberto um dia, ou não. No mundo social esta prática de adoção sequer é conhecida como crime, pelo contrário, acredita-se que a sua realização é um ato nobre, não devendo de forma alguma ser investida de ilegalidade. Na realidade e de acordo com a legislação, tal ato sequer pode ser chamado de adoção, uma vez que não preenche os requisitos legais, sendo na verdade, uma simulação errônea de filiação (CAVALCANTE,2013).

Em geral, aqueles que optam pela prática desta adoção possuem boas intenções, apenas desejam tornar para si aquele ser como filho e ao mesmo tempo, impedir que mais uma criança venha a se isolar e até mesmo permanecer por anos em um

abrigo, sem qualquer expectativa de vida digna, assim percebemos que estas pessoas diferem daquelas que jamais optariam por tal procedimento, por ferir a legislação, sendo classificadas em dois grupos, como demonstra Moreira (2011, p. 19):

As pessoas que realizam a “adoção à brasileira”, podem ser divididas em dois grupos distintos do ponto de vista de móvel psicológico para o ato: os que precipitadamente realizam essa colocação indevida por medo de constarem na fila de interessados em adoção. Com eventual demora na chamada por especificação excessiva das características da criança pretendida (geralmente branca, recém-nascida e do sexo feminino), poderia haver o medo de envelhecimento dos interessados, com profundo distanciamento em relação à faixa etária do “adotado” (quebra da mística de geração natural no seio familiar) ou frustração decorrente de situação não resolvida (mito do tempo perdido, que poderia ser aproveitado com uma criança já inserida na família); os que recorrem à “adoção à brasileira” com apreensão de desaceitação do Poder Judiciário (ou do Ministério Público) em aceitar o perfil dos interessados. Há pessoas que têm insegurança em suas atitudes, imaginando que o Juiz de Direito (ou o Promotor de Justiça) possa criar dificuldades à colocação adotiva com objeções variadas (falta de recursos financeiros, anomalias psíquicas, inadequação para os cuidados de uma criança etc.).

Vê-se que não se trata apenas de um ato egoístico ilegal, mas sim de medo, medo de nunca ter um filho ou de demorar mais do que o normal para tê-lo, fazendo com que várias pessoas optem por vias ilegais para constituir uma família, se importando apenas com o resultado, e não com os meios utilizados e sua (i)legalidade.

Conforme já destacado, realmente tal conduta é tipificada pelo ordenamento jurídico, entretanto, ao mesmo tempo em que há a tipificação, também há uma excludente prevista no parágrafo único do Art. 242, CP: Parágrafo único – Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena – detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena. Vemos que a própria legislação exclui a imposição de pena quando o delito é praticado por reconhecida nobreza, ou seja, quando a conduta está revestida de boas intenções, visando uma vida digna para aquele pequeno ser, logo, percebe-se que de fato há a tipificação para se evitar que crianças sejam adotadas com fins maléficos, e ao mesmo tempo, se reconhece que há casos em que o objetivo é garantir a dignidade daquele indivíduo. Como menciona Assis (2014, p. 49):

Tal conduta configurava o delito insculpido no art. 299, parágrafo único (falsidade ideológica em assentamento do Registro Civil), do Código Penal. Todavia, a jurisprudência firmava-se pela ausência de tipicidade do fato quando praticada a conduta com motivo nobre, já que ausente o fim “prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante” (elemento subjetivo do injusto). Apesar do propósito inicial de beneficiar os autores daqueles registros, a alteração trazida pela Lei 6.898/1981 não mais permite o reconhecimento da atipicidade da conduta, mas sim a aplicação da forma privilegiada ou a extinção da punibilidade pelo perdão judicial desde que praticado o delito por motivo de reconhecida nobreza.

Podemos perceber que prevalece o melhor interesse para a criança, pois se esta não fosse adotada, teria grandes chances de viver exposta a perigos ou crescer em um abrigo sem a menor chance de ser adotada e de ter uma vida digna.

Entendimento dos Tribunais

Os Tribunais superiores mantêm entendimento de que deve prevalecer o melhor interesse do menor nas práticas de adoção à brasileira, não há de forma alguma nenhuma inconstitucionalidade nestas decisões, uma vez que o parágrafo único do Art. 242, CP permite a não aplicação da pena e, além do mais, o que importa é o bem-estar do adotado, uma vez que este terá seus direitos mínimos estipulados pelo Art. 227 da Carta Maior garantidos, sendo assim, vejamos:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. HABEAS CORPUS. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL DE MENOR. APARENTE ADOÇÃO À BRASILEIRA E INDÍCIOS DE BURLA AO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO. PRETENSOS ADOTANTES QUE REUNEM AS QUALIDADES NECESSÁRIAS PARA O EXERCÍCIO DA GUARDA PROVISÓRIA. VÍNCULO SOCIOAFETIVO PRESUMÍVEL NO CONTEXTO DAS RELAÇÕES FAMILIARES DESENVOLVIDAS. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR.

2 – Conquanto a adoção à brasileira evidentemente não se revista de legalidade, a regra segundo a qual a adoção deve ser realizada em observância do cadastro nacional de adotantes deve ser sopesada com o princípio do melhor interesse do menor, admitindo-se em razão deste cânone, ainda que excepcionalmente, a concessão da guarda provisória a quem não respeita a regra de adoção. (STJ. Terceira Turma. Data do julgamento: 27/02/2018. HC 385507/PR. Ministra Nancy Andrighi)

HABEAS CORPUS. ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. MEDIDA LIMINAR PROTETIVA DE ACOLHIMENTO DE CRIANÇA EM ABRIGO. GRAVE SUSPEITA DA PRÁTICA DE “ADOÇÃO À BRASILEIRA” EM DUAS OCASIÕES DISTINTAS. INDÍCIOS DE ADOÇÃO DE CRIANÇA MEDIANTE PAGAMENTO. AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DE RELAÇÃO AFETIVA. GRAVIDEZ FALSA. INDUZIMENTO A ERRO. AMEAÇA GRAVE A OFICIAL DE JUSTIÇA. CIRCUNSTÂNCIAS NEGATIVAS. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. ABRIGAMENTO. EXCEPCIONALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA DE DECISÃO FLAGRANTEMENTE ILEGAL OU TERATOLÓGICA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

2. A jurisprudência desta eg. Corte Superior tem decidido que não é do melhor interesse da criança o acolhimento temporário em abrigo, quando não há evidente risco à sua integridade física e psíquica, com a preservação dos laços afetivos eventualmente configurados entre a família substituta e o adotado ilegalmente. Precedentes. (STJ. Terceira Turma. Data do julgamento: 05/12/2017. HC 418431/SP. Ministro Moura Ribeiro)

O próprio STJ vem decidindo pela permanência da criança na família adotiva, mesmo que isto tenha ocorrido por meios ilegais; o que se leva em consideração é o melhor interesse para este menor, uma vez que, se a finalidade do Estado é o bem social, deixar que o menor permaneça em seu lar onde houve a criação do vínculo afetivo, é respeitar o adotado.

Partilhando do mesmo entendimento, os Tribunais inferiores também preferiram decisões que não condenam tal prática ilegal de adoção, sempre enaltecendo o melhor interesse do menor, além de levarem em consideração que com a criação do vínculo sócio-afetivo, não há por que descaracterizar tal ato, pois na maioria das vezes, o reconhecimento de paternidade/maternidade é feito de maneira voluntária, por parte daquele que adota:

APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO DE FAMÍLIA -APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE REGISTRO CIVIL. ADOÇÃO À BRASILEIRA E PATERNIDADE SOCIOAFETIVA CARACTERIZADAS.RECURSO IMPROVIDO.

1. O reconhecimento voluntário de paternidade, com ou sem dúvida por parte do reconhecente, é irrevogável e irretratável (arts. 1609 e 1610 do Código Civil), somente podendo ser desconstituído mediante prova de que se deu mediante erro, dolo ou coação, vícios aptos a nulificar os atos jurídicos em geral. (AC Nº 70040743338, TJRS).

2. Caracterizadas a adoção à brasileira e a paternidade socioafetiva, o que impede a anulação do registro de nascimento da ré pelo pai registral, mantém-se a improcedência da ação. (TJPI. Data do julgamento: 26/05/2015. AC nº 201000010064408 PI 201000010064408. Relator Desembargador Brandão de Carvalho.)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO. MENOR QUE ESTÁ SOB A GUARDA FÁTICA DOS AUTORES DESDE O NASCIMENTO. ARREPENDIMENTO MATERNO. ADOÇÃO À BRASILEIRA. VINCULO AFETIVO CONSOLIDADO. MELHOR INTERESSE E PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA.

Não merece reparo a decisão que destituiu o poder familiar, e concedeu a adoção do menor, que convive com os autores desde tenra idade. Em que pese o arrependimento materno, o infante, atualmente com 5 anos de idade, está adaptado à família adotante, reconhece-os como pai e mãe, já consolidado o vínculo afetivo. Manutenção deste arranjo familiar, considerando o melhor interesse da criança. RECURSO DESPROVIDO. (TJRS. Data do julgamento: 26/11/2014. Apelação Cível nº 70062283361, Relatora Liselena Schifino).

Vê-se que está consolidado entre os diversos Tribunais que a prática conhecida como adoção à brasileira, embora seja ilegal, não é desclassificada como adoção e muito menos punida, posto que se leva em consideração a voluntariedade do agente que pratica tal conduta e principalmente o melhor interesse do menor, pois este é o pilar de toda esta discussão.

Conduta lícita ou ilícita?

Além do posicionamento jurisprudencial, a doutrina também entende e exemplifica tal situação. Damásio de Jesus expõem por que há a diminuição da pena e também o perdão judicial (2011, p. 253):

O parágrafo único do art. 242 do CP prevê uma causa de diminuição de pena, consistente em o agente realizar a conduta impelido por motivo de reconhecida nobreza. O privilégio aplica-se a todas as modalidades de conduta descritas no caput. Reconhecida nobreza significa motivo que demonstre humanidade, altruísmo, generosidade por parte do agente. Existindo tais motivos, é possível ao juiz atenuar ou até conceder o perdão judicial. Embora o CP empregue a expressão “podendo o juiz deixar de aplicar a pena”, o perdão judicial constitui um direito do réu e não simples faculdade judicial, no sentido de o juiz poder aplicá-lo ou não, segundo o seu puro arbítrio. Desde que presentes circunstâncias favoráveis ao réu, o magistrado está obrigado a não aplicar a pena.

Ainda nesta mesma linha de raciocínio, Rogério Greco também menciona a atitude do legislador em atenuar a pena ou conceder o perdão judicial, em casos que realmente há motivo nobre (2014, p. 701):

Existem situações, que não são incomuns, em que o agente pratica o delito tipificado no art. 242 do Código Penal, em qualquer de suas modalidades, impelido por um motivo

nobre, que denota generosidade, altruísmo, humanidade, enfim, sentimentos que merecem ser considerados para efeito de aplicação da lei penal, ou mesmo para que seja evitada sua aplicação. Imagine-se a hipótese em que uma mulher grávida, vivendo em condições de extrema miséria, morando em um vilarejo muito pobre no interior de uma cidade de nosso país, resolva abortar, oportunidade em que é impedida por uma família de condições pouco melhores do que as dela, mas que, movida por um sentimento de solidariedade, a convença a levar a gravidez a termo, sob promessa de que ficaria com a criança assim que ela nascesse. Depois do nascimento, dada a pouca cultura, a família registra o recém-nascido como filho.

Nesse caso, a lei fornece ao julgador duas opções: a primeira delas, depois de concluir que o fato é típico, ilícito e culpável, condenar o agente pela prática do delito previsto pelo parágrafo único do art. 242 do Código Penal, que prevê uma modalidade privilegiada de parto suposto; a segunda opção, que dependerá da sensibilidade do julgador no caso concreto, será a concessão do perdão judicial, deixando de aplicar a pena. O juiz deverá, portanto, analisar, principalmente, a culpabilidade do agente, a fim de concluir, entre as opções que lhe são fornecidas pela lei, qual delas é a que melhor se aplica ao caso concreto, ou seja, aquela que melhor atende aos critérios de uma boa política criminal.

Destaca o doutrinador ao dizer que, embora exista esta possibilidade de atenuação ou exclusão da pena, deverá o magistrado agir de acordo com a culpabilidade do agente, ou seja, deve este analisar porque aquela conduta foi realizada, se por real motivo nobre, por vaidade ou para gerar outra conduta ilícita, como por exemplo, tráfico de criança. Não pode a legislação comparar aquele indivíduo que pratica a adoção à brasileira visando à promoção da dignidade da criança com aquele que deseja se aproveitar da situação de miserabilidade da família biológica. Brilhantemente o legislador soube reconhecer o dolo do agente, pois tal prática é muito comum em nosso país, sendo realizada por aqueles que não querem passar por um longo processo judicial.

Não há que se falar em exclusão da ilicitude, pois o fato continua sendo ilícito, apenas não haverá a aplicação da pena quando o dolo do(s) agente(s) realmente estiver caracterizado pelo motivo nobre (MIRABETE, FABRINI, 2014, p.23). Quando estivermos diante da comprovação da conduta por conta de um ato nobre, o magistrado tem o dever de conceder o perdão judicial. (BITENCOURT, 2006, p.151).

Ao se reconhecer que esta prática é algo muito comum no Brasil, o legislador buscou ao mesmo tempo punir aquele que a pratica com más intenções e deixar de punir o indivíduo que apenas visa o bem da criança, devendo-se levar em consideração que na maioria das vezes, quem pratica esta adoção ilegal, sequer conhece o seu caráter criminoso.

CONCLUSÃO

Ao abordarmos o assunto referente à adoção ilegal, também conhecida como “adoção à brasileira”, percebe-se que, embora esta seja ilegal, possuindo previsão expressa no Código Penal, entende-se que, na verdade, não se trata de um crime (pensando-se no sentido material do termo, independentemente da previsão positivada), mas sim de um gesto nobre e humano, onde o indivíduo resolve levar para o seu convívio familiar uma criança estranha para ser tratada como seu filho.

Os Tribunais e principalmente o Superior Tribunal de Justiça já pacificaram entendimento de que deve prevalecer o melhor interesse da criança, não sendo

justo desconstruir um laço familiar já consolidado. É mister destacar que esta conduta apenas deixará de ser punida quando estiver claro que a conduta do agente foi realizada com a finalidade de garantir uma vida digna em face daquele menor, sendo este um direito inerente a todo pequeno cidadão, mas que, infelizmente, nem todos possuem. 🚫

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Isabel Fernandes. *Adoção à brasileira: crime ou ato de amor?* Centro Universitário de Brasília. Disponível em: <<http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/235/6099/1/21031276.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2018.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial, volume 4*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BUENO, Manoel Carlos. *Código de Hamurabi, Manual dos Inquisidores, Lei das XII Tábuas, Lei de Talião*. São Paulo: Edijur, 2012.
- CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Adoção à brasileira e a (im)possibilidade de anulação do registro segundo o STJ. Jusbrasil*. Disponível em: <<https://marciocavalcante2.jusbrasil.com.br/artigos/121942721/adocao-a-brasileira-e-a-im-possibilidade-de-anulacao-do-registro-segundo-o-stj>> Acesso em: 30 jun. 2018.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNA – Cadastro Nacional da Adoção. Relatórios estatísticos. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em 10 jun. 2018.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ESTADÃO. *Aos 18 anos, jovens em abrigos perdem lar*. Disponível em: <<https://www.estadao.com.br/noticias/geral,aos-18-anos-jovens-em-abrigos-perdem-lar-imp-,745943>>. Acesso em: 15 jun. 2018.
- MIRABETE, Julio Fabrini, FABBRINI RENATO N. *Manual de Direito Penal*, volume 3. parte especial, arts. 235 a 361 do CP. 28 edição. São Paulo: Atlas, 2014
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: Direito de Família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial, volume III*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2014.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, 3º volume: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública. 20. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.
- LOBO, Paulo. *Famílias. Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Direito de Família*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- MOREIRA, Fabrina Aparecida de Araújo. *Adoção à brasileira*. Universidade Presidente Antônio Carlos. Disponível em: <<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-3284b03e0c1df318b636ab3f-58cb1065.pdf>>. Acessado em: 09 jul. 2018.
- NASCIMENTO, Joacinay Fernanda do Carmo. *Adoção à brasileira*. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14879>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instruções de Direito Civil – Direito de Família*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- SENADO FEDERAL. *Adoção “à brasileira” ainda é muito comum*. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/adocao-a-brasileira-ainda-e-muito-comum.aspx>>. Acesso em: 15 jun. 2018.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ARQUIVO PESSOAL



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

ARQUIVO PESSOAL



RAPHAELA LOPES RODRIGUES é graduanda do 7º período do curso de Direito do Unisal e Estagiária em Direito.



O mercado de locações comerciais em 2019

POR DANIEL ALCÂNTARA NASTRI CERVEIRA

“Na esfera jurídica-judicial, é possível a revisão forçada do aluguel, seja para diminuir ou aumentar o seu valor.”

O mercado de locação de imóvel urbano comercial ou não residencial possui diversos segmentos, tais como galpões industriais, salas comerciais, espaços em *shopping centers*, casas e prédios em corredores comerciais, salas de cinema, entre outros. Por esta razão, não é recomendado aos investidores que olhem somente para os números gerais deste “mercado”, visto que, além da divisão nos segmentos acima mencionados, outros fatores também podem ter forte influência na oferta e demanda, e, portanto, na fixação do preço médio do aluguel.

Como exemplos, temos o nível de população estabelecida no local, crescimento econômico acelerado (nesta hipótese, o risco maior é quando o quadro de crescimento é revertido – vide algumas cidades cariocas que tiveram expressivo desenvolvimento econômico e imobiliário e agora sofrem duras penas nesta época pós royalties do pré-sal), excesso de oferta (em São Paulo, Capital, observamos um fenômeno recente muito interessante que foi a movimentação das empresas de seus antigos escritórios para lajes corporativas “Triple A”, devido as boas condições oferecidas pelos seus locadores, o que fez despencar os alugueis médios dos conjuntos comerciais na cidade) e existência de infraestrutura (construção de portos, estações de metrô etc.).

Como atuante profissional em negociações de contratos de locação na defesa dos interesses dos lojistas e franquias, passarei uma visão geral em

termos de temperatura do mercado. Primeiro, destaco que precisamos sempre ter em mente que são muitos os elementos que os senhorios e inquilinos analisam quando negociam o valor do locativo. Por exemplo, se o imóvel está em local que, além das vendas, serve de vitrine para a marca do varejista. Ou, nas renovações contratuais, sempre o lojista vai apurar o seu faturamento médio para verificar se é compatível com o custo de ocupação pretendido pelo locador.

Como não há um levantamento oficial disponível até o momento, me limito a dizer que, com experiência profissional recente, os locadores de rua, de modo geral, continuam sensíveis ao momento ainda delicado do setor varejista e da economia como um todo, no sentido de que existem boas condições de entrada aos lojistas que querem iniciar um negócio ou reduzir os seus aluguéis através de negociações junto aos proprietários dos seus imóveis. Verificamos as redes em expansão utilizarem o modelo *built to suit*, no qual o investidor compra o imóvel e faz toda a reforma necessária para a implantação da loja, uma drogaria ou clínica médica, por exemplo.

Particular atenção merece as locações de espaços em *shopping centers*, vez que, conforme serviços efetuados em nosso escritório, ainda observamos muitos lojistas fechando os seus estabelecimentos, inclusive em *shopping centers* que tradicionalmente não apresentavam vacância e problema de fluxo de consumidores.

O segmento de *shopping centers* tem gargalos próprios, sendo assim, alguns desafios particulares a superar. Podemos citar como exemplos o aumento demasiado no número de centros de compras em algumas praças; custos impeditivos (entenda-se, condomínio, fundo de promoção, despesas específicas e décimo-terceiro aluguel – é imperioso que seja concentrado esforços na redução do condomínio e demais encargos); e a mudança no comportamento do consumidor (vide o e-commerce). Outra situação a ser levada em conta neste momento é que, normalmente, os aluguéis dos lojistas são reajustados pelo IGP-M ou IGP-DI, ambos da Fundação Getúlio Vargas, índices estes que hoje superam com folga o crescimento do faturamento de muitos lojistas e os indexadores que medem a inflação com base no consumo (IGP-M/FGV em Dez./18 = 7,5521 e IPCA/IBGE em Nov./18 = 4,0459).

Deste modo, verificamos de um lado os comerciantes com dificuldades em viabilizar as suas operações levando em conta o faturamento das unidades e os custos dos *shoppings*, e, de outro, empreendedores também sofrendo para conseguir novos lojistas (as grandes redes, desde que a crise afetou a ocupação nos centros de compras, vêm investindo na atração de marcas, custeando a instalação das lojas e oferecendo condições contratuais diferenciadas) e com inadimplência elevada. É fundamental que os gestores deste segmento atuem de forma coope-rada com o objetivo de atingirem seus objetivos.

Cumprе lembrar que, na esfera jurídica-judicial, é possível a revisão forçada do aluguel, seja para diminuir ou aumentar o seu valor. Ou seja, existe esta saída ao lojista, caso não logre sucesso em negociação que tenha como finalidade reduzir o seu custo de ocupação. 📌



ARQUIVO PESSOAL

DANIEL ALCÂNTARA NASTRI CERQUEIRA é sócio do escritório Cerqueira Advogados Associados; autor do Livro “Shopping Centers – Limites na liberdade de contratar”, Editora Saraiva; Professor de Pós-Graduação em Direito Imobiliário do Instituto de Direito da PUC/RJ; professor dos cursos MBA em Gestão de Franquias e do Varejo da FIA – Fundação de Instituto de Administração de São Paulo; de Pós-Graduação em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo; integrante da Comissão Jurídica da ABF – Associação Brasileira de Franchising; consultor jurídico do Sindilojas-SP; e pós-graduado em Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo e em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo.



Brumadinho e a Constituição não cumprida

POR DAURY CESAR FABRIZ E JULIO PINHEIRO FARO HOMEM DE SIQUEIRA

A tragédia de Brumadinho, protagonizada pela Vale em 2019, a exemplo do que aconteceu com a tragédia de Mariana, em 2015 e do que vem acontecendo em Vitória há mais de 30 anos, serve para recuperar a análise do texto da Constituição de 1988 em ao menos três pontos – sobre os quais discorreremos a seguir:

I – O primeiro ponto diz respeito ao federalismo de cooperação, adotado pelo art. 23 do texto constitucional, segundo o qual é competência comum de todos os entes federados proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (inciso VI), preservar as florestas, a fauna e a flora (inciso VII) e registrar, acompanhar a fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios (inciso XI).

O federalismo de cooperação ou de equilíbrio pressupõe a descentralização-repartição de competências, de maneira que, legislativamente, as leis de um ente, notadamente o de maior abrangência, não tolham a aplicabilidade das leis dos entes de menor abrangência. Contudo, isso, só em parte, é válido para as competências administrativas, elencadas no art. 23.

É que as competências administrativas dizem respeito, como permitem concluir os verbos de seus incisos, ao dever de cuidado do Poder Público com os bens listado. Assim, os entes federados têm a obrigação constitucional comum de proteger o meio ambiente, de combater a poluição em todas as suas formas, preservar as florestas, a fauna e a flora e, por fim, fiscalizar, acompanhar e registrar concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos minerais.

As ações cooperativas decorrentes do dispositivo foram aprofundadas pela Lei Complementar 140/2011, que equilibrou a divisão de competências entre os entes federados, mas, determinou, ao contrário do jogo de empurra habitualmente praticado, que, nos casos em que um ente não esteja apto ou não consiga dar conta de suas atribuições, os outros devem prestar-lhe auxílio ou mesmo substituí-lo.

No entanto, apesar disso, é muito comum notar-se, entre os entes federados, o uso da contumaz desculpa de que não era sua atribuição realizar a fiscalização da segurança da barragem. Esse discurso, tão comum durante a tragédia em Mariana, repete-se em Brumadinho, assim como se repete em todas as ações voltadas para a saúde, ninguém quer assumir a paternidade, mas todo mundo quer punir, exemplarmente, o ente que considera faltoso.

No fim desse jogo de empurra, as tragédias, anunciadas, passam a ser apenas fatos nos anais da história brasileira e as vidas das pessoas e das famílias das vítimas viram apenas uma cifra de uma indenização, normalmente aquém de toda a perda material, espiritual e psicológica sofrida, ao argumento de que as indenizações, em seu conjunto, não podem inviabilizar o exercício da atividade econômica.

II – No ponto anterior, discorreremos sobre o habitual jogo de empurra que os entes federados costumam praticar quando uma de suas obrigações constitucionais não é adequadamente cumprida. No presente, vamos tratar sobre o segundo ponto do texto de nossa Constituição de 1988 que é recuperado, não só pela tragédia de Brumadinho, como também pela de Mariana e pela de Vitória.

O segundo ponto tem a ver com os princípios gerais da atividade econômica, elencados no artigo 170 do texto constitucional, entre eles a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (inciso VI). Há que se notar que, entre as disposições constitucionais sobre a ordem econômica, existe um dispositivo, o art. 174, que estabelece a obrigação do Estado de fiscalizar as atividades econômicas.

O que a Constituição chama de princípios gerais da atividade econômica são diretrizes que devem ser observadas, em prol não apenas da valorização do trabalho humano e livre iniciativa, mas também do respeito à dignidade humana e justiça social. Assim, não se pode afirmar que o texto constitucional é permissivo quanto ao livre exercício de atividades econômicas. A bem da realidade, ele limita bastante esse exercício, inclusive em prol do meio ambiente, em razão do que obriga o Poder Público a fiscalizar todas as atividades econômicas.

Infelizmente, as tragédias anunciadas de Vitória, Mariana e, agora, Brumadinho são uma triste constatação de que as diretrizes constitucionais não têm sido cumpridas. Embora pretendamos viver em um Estado Democrático de Direito, como registrado no texto constitucional, ao menos em sede de exercício das atividades econômicas e sua fiscalização vivemos, na realidade, em um Estado Liberal, em que o Poder Público, notório por seus jogos de empurra, deixa de fiscalizar corretamente a proteção e preservação do meio ambiente, permitindo que licenças sejam renovadas automaticamente e que técnicas ultrapassadas permaneçam em uso.

O desrespeito à defesa do meio ambiente é tão evidente que, para surpresa geral da nação, os prefeitos das cidades em que a Vale possui barragens inativas da mesma natureza daquela que rompeu em Mariana e, agora, em Brumadinho, estão preocupados com o fim do pagamento de compensações financeiras e *royalties*. Esse comportamento deixa patente uma situação muito grave e que provavelmente tem acontecido: como a fiscalização adequada e o uso de novas tecnologias mais favoráveis ao meio ambiente ocasionaria a perda de receita decorrente dos pagamentos daquelas compensações, tem-se preferido correr o risco de tragédias ambientais.

No fim disso tudo, a mão invisível do mercado assalta o meio ambiente, deixando-o totalmente desequilibrado e impróprio para o uso das presentes e futuras gerações, em troco de *royalties* e compensações financeiras que, pela situação de

alguns entes federados, certamente estão sendo alocados em bolsos invisíveis, e não em serviços essenciais.

III – No ponto anterior, discorremos sobre como as empresas e os entes federados têm feito vista grossa à necessidade de que suas atividades econômicas observem a função socioambiental, devendo envidar esforços para evitar tragédias ambientais. Neste penúltimo artigo da série em análise ao texto constitucional, vamos tratar sobre o papel fiscalizador do Estado, tanto no que se refere aos licenciamentos ambientais quanto no que se refere à recuperação do meio ambiente.

O terceiro e último ponto abrange as disposições constitucionais específicas sobre o meio ambiente, todas concentradas no art. 225, pelo qual é obrigação do poder público, entre outras, exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade (§ 1º, inciso IV), bem como proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica (§ 1º, VII). Além disso, o § 2º estabelece que quem explorar recursos minerais tem a obrigação de recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com a solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

A análise dos dispositivos constitucionais em destaque demonstra que o Estado brasileiro tem sido liberal não apenas com as atividades econômicas, mas também com a fiscalização do meio ambiente. O art. 225, na realidade, estabelece uma gama de deveres a serem cumpridos pelo Poder Público em prol do meio ambiente, os quais podem ser resumidos em um único: o dever fundamental de proteger, promover e fiscalizar a integridade do meio ambiente. Todavia, essa obrigação não tem sido correta nem adequadamente desempenhada. Vejamos o exemplo que Brumadinho, infelizmente, nos dá.

A construção da barragem de Brumadinho, assim como de Mariana, foi feita a partir de uma tecnologia de construção denominada alteamento a montante. Iguais a ela, há mais de 80 outras no Brasil, sendo 10 delas da Vale. Segundo os especialistas, essa tecnologia é a mais simples e barata, mas a menos segura ou menos estável e, por isso, a mais propensa a acidentes.

Note, todavia, como tem sido noticiado nos meios de comunicação, após a tragédia, que, além dos métodos utilizados no formato barragens de lama, outros já foram desenvolvidos, inclusive no Brasil, que eliminam a necessidade de barragens de rejeitos e outros que, embora delas se utilizem, adotam o armazenamento seco.

A observação que cintila aos olhos é a de que, apesar do conhecimento dessas tecnologias, uma vez que as pesquisas geram publicações e patentes/registros, o Poder Público normalmente se faz de desentendido. Note, mais uma vez, que, desde pelo menos a tragédia em Mariana, nada na legislação, em nenhum dos níveis da federação, foi alterado para determinar a utilização, pelas empresas, de tecnologias que menos degradem o meio ambiente, nem para dificultar a concessão e a renovação de licenças. E o mais interessante é que isso poderia ser feito, dada a sua urgência e relevância, por meio de Medida Provisória... ✍



DAURY CESAR FABRIZ é Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela FD/UFMG. Professor Associado do Departamento de Direito da UFES. Professor do PPGD (Doutorado e Mestrado) em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Presidente da Academia Brasileira de Direitos Humanos (ABDH). Sociólogo. Advogado.



JULIO PINHEIRO FARO HOMEM DE SIQUEIRA é Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV; Pesquisador nos Programas de Pós-Graduação em Direito da FDV e da UFRN; Professor de Teoria do Estado, Direito Constitucional e Direito Previdenciário; Servidor Público Federal na Justiça Federal.

Mecanismo processual de impugnação de sentença transitada em julgado no âmbito dos juizados especiais, por vício na citação

POR JESSICA RODRIGUES DUARTE



DMULCAGAO

“Hipótese existente em casos de atos citatórios viciados ou inexistentes, nos quais o direito a ampla defesa, bem como ao exercício do contraditório foram negados à parte integrante de polo passivo da demanda, é a ação anulatória (*actio querella nullitatis*).”

Publicada determinada decisão, abre-se prazo para interposição de recurso. Transcorrido tal prazo ou não cabendo recurso, caracterizada está a decisão como coisa julgada, essa com previsão constitucional, que busca garantir segurança jurídica e paz social. Contudo, a coisa julgada não pode ser encarada como absoluta. Conforme aponta Sálvio de Figueiredo Teixeira¹, “o grau de imperfeição da decisão de mérito, no entanto, pode ser de consequências tão graves que venha a superar a própria necessidade de segurança imposta pela *res iudicata*”.

Diante disso, enquanto meio típico de revisão da coisa julgada temos a ação rescisória, prevista no art. 966 do Código de Processo Civil, com prazo de dois anos, que visa a desconstituição da sentença transitada em julgado com eventual rejuízo, quando cabível, da matéria nela julgada. Contudo, tratando-se do Juizado Especial Cível, regido pela Lei 9.099/95, há vedação expressa do manuseio da ação rescisória, em seu art. 59.

O que fazer então, diante de uma citação realizada em desconformidade com a lei, após a sentença ter transitado em julgado no JEC? Inicialmente, aponta-se que o requisito para a validade do processo não é restritamente a citação, mas sim a citação válida e eficaz. Ausentes validade e ou eficácia, será considerado ato absolutamente nulo, que inegavelmente macula todo o processo, diante da irregularidade no momento de integração das partes, restando prejudicado o julgamento, bem como a entrega da prestação jurisdicional.

Segundo o Juiz de Direito e professor Joel Dias Figueira Júnior² caberia ao jurisdicionado prejudicado o “ajuízo de ação anulatória (ou declaratória de inexistência de ato jurisdicional ou de inexistência de relação jurídica ou simplesmente anulatória ou ação de nulidade) de sentença ou acórdão, desde que preenchidos os requisitos específicos”, pois não há proibição no JEC da ação anulatória prevista no Código de Processo Civil. Ainda, atente-se para o fato da desnecessidade de atendimento ao prazo de dois anos previsto para a ação rescisória.

Portanto, hipótese existente em casos de atos citatórios viciados ou inexistentes, nos quais o direito a ampla defesa, bem como ao exercício do contraditório foram negados à parte integrante de polo passivo da demanda, é a ação anulatória (*actio querella nullitatis*) a qual sobrevive no ordenamento jurídico brasileiro, como instrumento hábil para evitar que decisões viciadas, as sentenças nulas e as inexistentes, permaneçam imunes na órbita jurídica, atentando veementemente contra a segurança jurídica preceituada no Estado Democrático de Direito. 

NOTAS

- 1 In: “A Ação Rescisória no Superior Tribunal de Justiça”, disponível na Internet em: http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/2615/1/A_a%C3%A7%C3%A3o_recis%C3%B3ria.pdf.
- 2 TOURINHO NETO, Fernando da Costa; JÚNIOR, Joel Dias Figueira. Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais: Comentários à Lei nº 10.259, de 10.07.2001. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. p.383.



JESSICA RODRIGUES DUARTE é Bacharel em Direito, colaboradora do escritório Giovani Duarte Oliveira Advogados Associados.

Não cabimento da ação rescisória em modulação

POR JULIO M. DE OLIVEIRA E EDUARDO AMIRABILE DE MELO

Muito embora já tenha o Supremo Tribunal Federal (STF) decidido ser inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, em repercussão geral, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), contrariando as diretrizes de combate a litigiosidade do novo Código de Processo Civil (CPC), tem evitado a todo custo o trânsito em julgado de decisões favoráveis aos contribuintes, defendendo a suspensão dos processos sobre o tema.

O principal argumento da PGFN seria a pendência de seus embargos de declaração, que, dentre outros pontos, requer a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Em que pese essa reprovável conduta processual, fato é que os processos envolvendo o assunto tem tramitado normalmente perante os tribunais, o que demonstra um respeito à autoridade da decisão proferida pelo STF. Inclusive, já há decisões transitadas em julgado.

Contudo, há ainda um “fantasma” assombrando os contribuintes. Segundo o entendimento da PGFN, há processos sendo finalizados por esgotamento das vias recursais, o que poderia resultar na banalização da ação rescisória, supostamente cabível caso o STF decida por modular os efeitos da sua decisão.

E essa preocupação – ajuizamento de ações rescisórias pela PGFN – foi externada no Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP/ nº 01, de 2019. Contudo, perfilamos do entendimento de que as decisões sobre o assunto, já transitadas em julgado até o momento, não poderão ser rescindidas pela PGFN.

Com efeito, o parágrafo 12 do artigo 525 do CPC de 2015 dispõe que “considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso”.

O parágrafo 13 do mesmo artigo, por sua vez, passou a prever que “os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica”.



Até aqui, parece-nos que não há grandes discussões, pois referidos parágrafos apenas estão vedando a exigência de obrigações já declaradas inconstitucionais pelo STF (parágrafo 12) e positivando, agora também no CPC de 2015, a possibilidade de modulação das suas decisões, em observância à segurança jurídica (parágrafo 13).

Já o parágrafo 14 do artigo 525 do CPC de 2015 determina ser inexecutável uma obrigação quando, anteriormente, o STF já havia declarado sua inconstitucionalidade.

O parágrafo 15, por outro lado, dispõe que se a declaração de inconstitucionalidade do STF ocorrer em momento posterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá, então, a ação rescisória, “cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal”.

Entendemos que referido parágrafo 15, unicamente, assegurou o direito do jurisdicionado, mesmo com decisão transitada em julgado desfavorável, rescindi-la quando, posteriormente, o STF entender inconstitucional a obrigação.

Note-se que o parágrafo 15 permite o ajuizamento de ação rescisória justamente para que determinado jurisdicionado não suporte o ônus de uma obrigação posteriormente declarada inconstitucional pelo STF. A ratio do dispositivo, ao que nos parece, é preservar a autoridade das declarações de inconstitucionalidade do STF.

Assim, sob a ótica dos parágrafos do artigo 525 do CPC de 2015, considerando o tema envolvendo a indevida inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, já assim entendida pelo STF, parece-nos óbvio o não cabimento de ações rescisórias pela PGFN, pois tal ação seria contrária à declaração de inconstitucionalidade do próprio STF.

Quanto ao cabimento de ações rescisórias para questionar as recentes decisões que já estão transitando em julgado, caso o STF, futuramente, decida por modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, entendemos, igualmente, pela sua inviabilidade jurídica.

Isso porque, os parágrafos do artigo 525 do CPC de 2015 em momento algum preveem o cabimento da rescisória para uma suposta adequação da decisão a ser rescindida aos efeitos de eventual modulação. De fato, como já dito, a ação rescisória visa adequar a decisão a ser rescindida com a declaração de inconstitucionalidade da norma jurídica, mas não com seus eventuais efeitos prospectivos.

Realmente, defender o cabimento de ações rescisórias para atacar decisões judiciais que transitaram em julgado quando o STF ainda sequer havia analisado eventual modulação, seria, em nosso sentir, atentar contra a segurança jurídica. Ora, como bem leciona Guilherme Marinoni, se nem mesmo é admitida a “utilização da ação rescisória nos casos em que exista divergência sobre a interpretação estabelecida na sentença, sob pena de desestabilizar-se toda a ordem e segurança jurídicas” (Manual do Processo de Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 3ª Ed. p. 99), com muito mais razão não há como admitir, como cogita a PGFN, o seu manejo para uma suposta adequação aos efeitos da modulação que, à época do trânsito em julgado, não havia sequer sido objeto de deliberação pelo STF.

Portanto, e sem o intuito se exaurir o assunto, entendemos não ser cabível o manejo da ação rescisória, como sondado pela PGFN, para rescindir decisões judiciais já transitadas em julgado caso o STF venha a modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins. 

IRPF – Isenção para portadores de doenças graves

POR SABRINA BERNARDI PAULI

Todos os anos, durante os meses de março e abril, as pessoas que se enquadram nos critérios estabelecidos pela Receita Federal são obrigadas a declarar o Imposto de Renda da Pessoa Física. Após realizar o cálculo das deduções legais, o contribuinte fica sabendo se terá direito a restituir ou a pagar a diferença do imposto.

No caso de pagamento, pessoas com “doenças graves” têm direito à isenção do referido imposto. Mas quem define, para tais fins, o que é “doença grave”, é a própria lei de outorga da isenção, de modo que apenas as moléstias dispostas nesse rol poderão ser objeto do pedido de isenção, com exclusão de qualquer outra.

Assim, tendo em vista os gastos gerados por doenças como o câncer e as novas necessidades que seus portadores adquirem em razão delas, a Lei Federal nº 7.713/88, determina a isenção do Imposto de Renda da Pessoa Física (IRPF) a pessoas portadoras de 16 moléstias graves - previstas nos incisos XIV e XXI do artigo 6º da referida lei - nos rendimentos referentes a aposentadoria, pensão ou reforma, incluindo também a complementação recebida de entidade privada e pensão alimentícia.

Urge ressaltar ainda que se o contribuinte receba outros rendimentos tributáveis no ano, como aluguéis, ou possua bens cujo valor somado supere o limite instituído pela Receita Federal, terá que fazer a declaração, e esses valores estarão sujeitos à tributação, bem como os contribuintes com doenças graves que continuam realizando atividade econômica, com vínculo empregatício ou de maneira autônoma, não se enquadram entre os requisitos para a isenção.

A intenção desta isenção é desonerar os rendimentos de um portador de doença grave, em razão do impacto moral e financeiro desencadeado pelo diagnóstico, uma vez que uma doença grave e incurável gera gastos excessivos com cuidados à saúde como compra de medicamentos, pagamento de tratamento, dentre outros, aumentando os encargos financeiros relativos ao tratamento da doença que lhe acomete.

A isenção do imposto de renda deverá ser solicitada diretamente à fonte pagadora que determinará a realização de uma perícia médica, devendo constar a data em que a enfermidade foi contraída, ou poderá aceitar os documentos médicos que o paciente possui para efetivação do pedido. Outro ponto que deve ser lembrado é que, se houve desconto de imposto de renda posterior ao diagnóstico, é possível requerer a restituição dos valores limitados aos últimos cinco anos.

É importante lembrar, do ponto de vista do Direito Tributário, que a isenção é algo pontual e que não se interpreta extensivamente, limitando-se às frias determinações legais. Assim, o objetivo da referida Lei é proteger pessoas que já estão extremamente fragilizadas com o difícil diagnóstico de uma doença grave e que conseqüentemente terão inúmeros gastos com o tratamento, amparando-os neste momento em que mais precisam de assistência. 



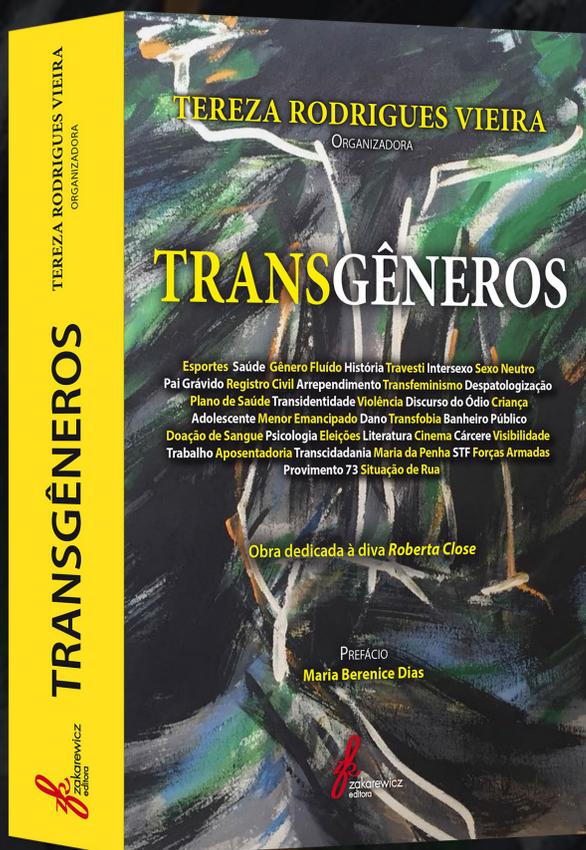
SABRINA BERNARDI PAULI é advogada, colaboradora do Escritório Giovani Duarte Oliveira Advogados Associados.

LANÇAMENTO

TRANSGÊNEROS

Tereza Rodrigues Vieira

ORGANIZADORA



R\$ **98**,⁰⁰

778 páginas

Frete incluso

Fone: (61) 3263-1362

zkeditora.com

 zakarewicz
editora

"Ainda é enorme o preconceito de quem se afasta do binarismo de gênero imposto de forma cruel e excludente por uma sociedade tão patriarcal e sexista. Daí o significado desta nova obra que amplia horizontes ao inserir uma gama enorme de temas, sob diversos olhares, de modo a inserir inúmeros jeitos de viver e de se ver."

Maria Berenice Dias