

prática

FORENSE

www.zkeditora.com

ano VI

abril/2022

nº 64

 zakarewicz
editora



O Novo Marco Regulatório das Companhias Securitizedoras no Brasil

Walter Stuber

Vade Mecum Forense

Violência psicológica contra
a mulher (art. 147-B, CP)

Eduardo Luiz Santos Cabette

Know How

O juiz penal e a Teoria da
Dissonância Cognitiva

Rômulo de Andrade Moreira

Como Decidem os Tribunais

Tema 1.157 do STF – Servidores
estabilizados e planos de carreiras

Ivan Barbosa Rigolin

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

EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL: Adriana Zakarewicz

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

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

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

Diretor Geral: André Luis Marques Viana

Revisão: ZK Editora

Arte e Diagramação: Charles Design

Marketing: Diego Zakarewicz

CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE

Tel. (61) 3263-1362

Home-page: www.zkeditora.com/pratica

Redação e Correspondência

artigos@zkeditora.com.br

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

ANÚNCIOS

comercial@zkeditora.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

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




zakarewicz
editora



POR JOSÉ PASTORE

ARQUIVO PESSOAL

Como sobreviver em mercados que mudam muito?

“Precisamos reduzir as vulnerabilidades dos jovens, pois são os que mais sofrem as agruras do desemprego, da rotatividade e da informalidade.”

“Gosto muito de você, mas as coisas que você sabe fazer não têm mais utilidade para esta empresa. Mudamos muito. Lamento, mas tenho que O dispensar.” A obsolescência humana é uma das maiores tragédias dos dias atuais. Isso ocorre porque as empresas passam por um meteórico processo de mutação, que exige uma atualização continuada no campo das competências técnicas e socioemocionais. O Fórum Econômico Mundial (Davos) estima que, até 2030, o mundo terá de requalificar 1 bilhão de trabalhadores para mantê-los trabalhando. As estratégias seguirão caminhos variados. Mas, como regra, a atualização profissional exigirá uma íntima interface entre escolas e empresas.

Os países avançados descobriram esse caminho há muito tempo. Alemanha, Áustria, Suíça e outras nações avançadas consolidaram o sistema dual de ensino e trabalho por meio do qual os jovens ficam parte do tempo na escola e parte na empresa em regime de aprendizagem. As novidades que surgem na empresa são levadas à escola que as inclui nos currículos. Os conceitos básicos ensinados na escola formam o alicerce para a aprendizagem na empresa.

Dessa parceria, beneficiam-se os jovens que aprendem e se atualizam e as empresas que observam os jovens por um bom tempo antes de contratá-los de forma definitiva.

As pesquisas que levam em conta custos e benefícios para as empresas mostram as grandes vantagens do sistema de aprendizagem (Samuel Muehlemann e Stefan C. Wolter, *Return on investment of apprenticeship systems for enterprises*, Bonn: IZA Journal of Labor Policy, 2014). Com um bom sistema de aprendizagem, as empresas recuperam o que gastam no momento em que contratam os jovens como empregados fixos.

Nos dias atuais, está ficando cada vez mais claro que a aprendizagem tem de ser um processo permanente na vida dos profissionais. Isso vale para todos os países. Por isso, o Brasil precisa aumentar o número de aprendizes nas empresas e, para tanto, manter e ampliar os estímulos para que continuem sendo contratados com todas as proteções da CLT e com redução de custos para as empresas como reza a Lei nº 10.097/2000.

Com o Decreto nº 11.061/2022 e da Medida Provisória nº 1.116/2022, o governo federal busca estimular a aprendizagem por meio de várias inovações, dentre as quais, destaco as seguintes: (1) ampliação do período de aprendizagem para 3 anos e, em certos casos, 4 anos; (2) elevação dos limites de idade para permitir a contratação de aprendizes em atividades até então inviáveis; (3) para as empresas, contagem em dobro da cota para jovens aprendizes carentes, deficientes e vulneráveis; (4) articulação da adoção de aprendizes nas empresas contratantes e contratadas no caso de terceirização; (5) disponibilização de experiências exitosas no campo da aprendizagem e implementação dos Programas de Reconhecimento de Boas Práticas e de Incentivo à Contratação de Aprendizes, que inclui premiação aos parceiros que mais se destacam nesse campo.

É claro, uma coisa é a intenção, outra, a ação. Teremos de esperar o curso do tempo para avaliar a eficácia desses estímulos. Mas o importante neste momento é o reconhecimento da importância da aprendizagem e a oferta dessas oportunidades para o Brasil salvar mais jovens da terrível obsolescência que ocorre com quem fica defasado no campo do trabalho. Tais providências são particularmente relevantes neste momento de grave crise econômica, social e sanitária. Precisamos reduzir as vulnerabilidades dos jovens, pois são os que mais sofrem as agruras do desemprego, da rotatividade e da informalidade. Ao mesmo tempo, são os que vão tocar nossas vidas amanhã. 

JOSÉ PASTORE é Professor da Universidade de São Paulo e Presidente do Conselho de Emprego e Relações do Trabalho da Fecomércio-SP. É membro da Academia Paulista de Letras.

3

Primeira Página

Como sobreviver em mercados que mudam muito?

José Pastore

39

Destaque

Em ano eleitoral, debate sobre segurança da urna eletrônica ganha força

Francisco Gomes Júnior

44

Gestão de Escritório

Direito 4.0: como fica o protagonismo do advogado?

Reinaldo Nagao

50

Vade Mecum Forense

Violência psicológica contra a mulher (art. 147-B, CP)

Eduardo Luiz Santos Cabette

82

Painel Universitário

A Portaria do MTP nº 620/2021 e a sua inconstitucionalidade

*Vanessa Rocha Ferreira e
Kaio Nascimento Rodrigues*

7

Especial

O Novo Marco Regulatório das Companhias Securitizadoras no Brasil

Walter Stuber

41

Enfoque

A obesidade e a cirurgia bariátrica

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

46

Prática Jurídica

A independência da Lei Anticorrupção em face da Lei de Improbidade depois da reforma promovida pela Lei nº 14.230/2021

*Renee do Ó Souza e
Rogério Sanches Cunha*

72

Processos e Procedimentos

A indisponibilidade de bens na nova Lei de Improbidade Administrativa

Gina Copola

86

Casos Práticos



Cláusula de cessão ou licenciamento de direitos: tópicos para observar

Nichollas Alem

90

Gestão Empresarial



A gestão patrimonial em caso de incapacidade civil de seu titular

Felipe Russomano e Julia Spinardi

96

Fichário Jurídico



A (in)viabilidade da aplicação do instituto da revisão à ata de registro de preços no âmbito da administração pública federal

Bruno Teixeira, Cláudio Maldaner Bulawski, Leonardo Marques de Jesus Pinto e Matheus Viana Ferreira

112

Como Decidem os Tribunais



Tema 1.157 do STF – Servidores estabilizados e planos de carreiras

Ivan Barbosa Rigolin

120

Prática de Processo



Redes sociais: limites da liberdade de expressão e crimes contra a honra

Wanderson Dourado

88

Saiba Mais



O roubo da identidade

Paulo Eduardo Akiyama

92

Know How



O juiz penal e a Teoria da Dissonância Cognitiva

Rômulo de Andrade Moreira

109

Questões de Direito



A transformação do setor de saúde incentivada pelas healthtechs

Sandra Franco

117

Prática de Processo



Aspectos polêmicos da fraude à execução

Bruna Braghetto

123

Espaço Aberto

Herança digital: entre a teoria e a prática

José Miguel Garcia Medina e Mariana Barsaglia Pimentel

O Novo Marco Regulatório das Companhias Securitizadoras no Brasil

POR WALTER STUBER

“A Resolução 60/2021 consolida em uma norma única as regras que passaram a reger indústria da securitização, fortalecendo a participação do mercado de capitais no financiamento do crédito nacional.”



Em 23 de dezembro de 2021, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) publicou a Resolução CVM nº 60 (Res. 60/2021), que dispõe sobre as companhias securitizadoras registradas na CVM, bem como sobre as emissões públicas de títulos de securitização¹. A Res. 60/2021 estabelece regime próprio e específico para companhias securitizadoras, distinto do aplicável às demais companhias abertas, que leva em consideração as especificidades do mercado de securitização e reconhece o caráter sui generis das securitizadoras, companhias que usual-

mente emitem ativos lastreados em patrimônios separados de seu próprio patrimônio. O presente artigo tem por finalidade analisar o novo marco regulatório das companhias securitizadoras no Brasil.

Em prosseguimento ao processo de consolidação e revisão dos atos normativos da CVM, decorrente do Decreto nº 10.139, 2019, de 28 de novembro de 2019, boa parte dos dispositivos das Instruções CVM nºs 414, de 30 de dezembro de 2014, que dispõe sobre o regime dos Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRI), e 600, de 1º de agosto de 2018, que dispõe sobre o regime dos Certificados de Recebíveis do Agronegócio (CRA), ambos objeto de oferta pública, foram absorvidos pela Res. 60/2021, restando comandos específicos para cada um desses produtos nos Anexos Normativos I e II à Res. 60/2021.

Conforme definido no art. 6º da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências, o CRI é título de crédito nominativo, de livre negociação, lastreado em créditos imobiliários e constitui promessa de pagamento em dinheiro, de emissão exclusiva das companhias securitizadoras. O CRI deve ter as seguintes características: (i) nome da companhia emitente; (ii) número de ordem, local e data de emissão; (iii) denominação "Certificado de Recebíveis Imobiliários"; (iv) forma escritural; (v) nome do titular; (vi) valor nominal; (vii) data de pagamento ou, se emitido para pagamento parcelado, discriminação dos valores e das datas de pagamento das diversas parcelas; (viii) taxa de juros, fixa ou flutuante, e datas de sua exigibilidade, admitida a capitalização; (ix) cláusula de reajuste, observada a legislação pertinente; (x) lugar de pagamento; e (xi) identificação do Termo de Securitização de Créditos que lhe tenha dado origem. O registro e a negociação do CRI é feito por meio de sistemas centralizados de custódia e liquidação financeira de títulos privados. Se assim dispuser o Termo de Securitização de Créditos, o CRI poderá ter garantia flutuante, que lhe assegurará privilégio geral sobre o ativo da companhia securitizadora, mas não impedirá a negociação dos bens que compõem esse ativo.

Por sua vez, o CRA, regido pela Lei nº 11.076, de 30 de dezembro de 2004, que, dentre outras providências, dispõe sobre o Certificado de Depósito Agropecuário (CDA), o Warrant Agropecuário (WA), o Certificado de Direitos Creditórios do Agronegócio (CDCA), a Letra de Crédito do Agronegócio (LCA) e o CRA, está definido no art. 36 como título de crédito nominativo, de livre negociação, representativo de promessa de pagamento em dinheiro e constitui título executivo extrajudicial, de emissão exclusiva das companhias securitizadoras de direitos creditórios do agronegócio. O CRA deve ter os seguintes requisitos, lançados em seu contexto: (i) poderá adotar a forma escritural; (ii) conforme dispuser o Termo de Securitização de Direitos Creditórios, poderá ter garantia flutuante, que assegurará ao seu titular privilégio geral sobre o ativo da companhia securitizadora, mas não impedirá a negociação dos bens que compõem esse ativo; e (iii) pode ser emitido com cláusula de correção cambial, desde que: (a) integralmente vinculado a direitos creditórios com cláusula de correção na mesma moeda; e (b) emitido em favor de investidor não residente, de acordo com as condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN).

Nas distribuições realizadas no exterior, o CRA poderá ser registrado em entidade de registro e de liquidação financeira situada no país de distribuição, desde que a entidade seja: (i) autorizada em seu país de origem; e (ii) supervisionada por autoridade estrangeira com a qual a CVM tenha firmado acordo de cooperação mútua que permita intercâmbio de informações sobre operações realizadas nos mercados por ela supervisionados, ou que seja signatária de memorando multilateral de entendimentos da Organização Internacional das Comissões de Valores (IOSCO)².

A Res. 60/2021 estará vigente a partir do dia 02 de maio de 2022.

DEFINIÇÕES

Para efeitos de melhor compreensão da regulamentação ora analisada, existem vários conceitos importantes, que reproduzimos a seguir.

Companhia securitizadora é a companhia cujo objeto social consista na realização de operações de securitização, registrada na CVM nos termos da Res. 60/2021 e que seja: (a) emissora de títulos de securitização com ou sem a instituição de regime fiduciário sobre o lastro; ou (b) controladora de Sociedade(s) de Propósito Específico (SPE) dedicada(s) a operações de securitização, nos casos dos segmentos em que não há previsão legal de instituição de regime fiduciário.

Títulos de securitização são os valores mobiliários emitidos por companhias securitizadoras no âmbito das operações de securitização. A operação de securitização, por sua vez, consiste na aquisição de direitos creditórios para utilização como lastro de emissão de títulos de securitização para colocação junto a investidores, cujo pagamento é primariamente condicionado ao recebimento de recursos dos direitos creditórios e demais bens, direitos e garantias que lastreiam a emissão. Direitos creditórios são os direitos e títulos representativos de crédito, originários de operações realizadas em qualquer segmento econômico.

Entende-se por regime fiduciário o regime instituído sobre os bens e direitos vinculados à emissão de títulos de securitização, mediante declaração unilateral da companhia securitizadora no instrumento de emissão, de que conste, cumulativamente, as seguintes matérias: (a) a afetação dos bens e direitos vinculados à respectiva emissão de títulos de securitização; e (b) a constituição de patrimônio separado, integrado, pela totalidade dos bens e direitos vinculados à emissão dos títulos de securitização e, assim, estão submetidos ao regime fiduciário. Considera-se patrimônio separado o patrimônio constituído a partir da instituição do regime fiduciário sobre o lastro, nos termos do item (b).

Instrumento de emissão é o termo de securitização de recebíveis, a escritura de emissão de debêntures ou qualquer outro instrumento formal que configure a emissão de um valor mobiliário no âmbito de uma operação de securitização.

A CVM inovou, incorporando na nova regulamentação o conceito de warehousing, que é a aquisição gradual de direitos creditórios por parte relacionada à companhia securitizadora, com o intuito de montar uma carteira

que contenha ativos com diferentes relações de risco e retorno, que possam servir de lastro para diferentes operações de securitização.

Os demais conceitos adotados na Res. 60/2021 serão introduzidos e abordados na medida em que se fizerem necessários para o melhor entendimento desta exposição.

CATEGORIAS DE REGISTRO

As companhias securitizadoras devem requerer o registro na CVM em uma das seguintes categorias: (i) S1, que permite a emissão pública de títulos de securitização exclusivamente com a instituição de regime fiduciário; ou (ii) S2, que permite a emissão pública de títulos de securitização com ou sem instituição de regime fiduciário³.

O registro na CVM não será requerido da SPE que seja subsidiária integral de companhia securitizadora registrada na categoria S2, desde que a SPE: (i) atue em segmento sem previsão legal de instituição do regime fiduciário; (ii) tenha somente uma emissão em circulação; e (iii) tenha os mesmos diretores da companhia securitizadora. Aplicam-se a essa SPE as disposições da Res. 60/2021 direcionadas ao patrimônio separado. Nesse caso, a companhia securitizadora registrada na CVM deve assegurar: (a) a elaboração e o envio das demonstrações financeiras e informações periódicas e eventuais previstas na Res. 60/2021, em nome de suas subsidiárias integrais; e (b) a observância de regras específicas aplicáveis aos patrimônios separados. A companhia securitizadora registrada na CVM deverá adotar as medidas necessárias para mitigar a ocorrência de conflito de interesses com suas subsidiárias integrais, bem como conflitos entre as referidas subsidiárias.

Para fins de aplicação das normas que regulamentam as ofertas públicas de distribuição de valores mobiliários aos casos enquadrados no parágrafo anterior, os ritos de registro, o público-alvo e as regras de negociação secundária são aqueles oponíveis à companhia securitizadora registrada na CVM na categoria S2.

O pedido de registro da companhia securitizadora será encaminhado à Superintendência de Supervisão de Securitização (SSE), instruído com os documentos identificados no Suplemento B, que é um dos anexos à Res. 60/2021.

O pedido de registro na categoria S1 deve ser instruído com os seguintes documentos: (i) requerimento assinado pelo diretor responsável pelas atividades de securitização, indicando a categoria de registro pretendida; (ii) cópia simples dos atos constitutivos em sua versão vigente e atualizada, devidamente arquivada, que deve conter previsão para o exercício da atividade e a indicação dos diretores responsáveis pelas atividades de securitização e de distribuição de títulos de securitização de emissão da própria companhia securitizadora; (iii) informações cadastrais exigidas dos participantes do mercado de valores mobiliários, previstas na regulamentação aplicável; (iv) formulário de referência especificado no Suplemento C da Res. 60/2021, devidamente preenchido e atualizado até o último dia útil do mês anterior ao do protocolo do pedido de autorização na CVM, com a justificativa do requerente caso ainda não possua

algun dado solicitado; (v) ata da assembleia geral que houver aprovado o pedido de registro; (vi) ata da reunião do conselho de administração ou da assembleia geral de acionistas que houver designado os diretores mencionados no item (ii) acima; (vii) estatuto social, consolidado e atualizado, acompanhado de documento que comprove: (a) aprovação dos acionistas ou pessoas equivalentes; e (b) aprovação prévia ou homologação do órgão regulador do mercado em que a companhia securitizadora atue, quando tal ato administrativo seja necessário para a validade ou a eficácia do estatuto; (viii) demonstrações financeiras, auditadas por auditor independente registrado na CVM, referentes aos dois últimos exercícios sociais, elaboradas de acordo com as normas contábeis aplicáveis à companhia securitizadora; e (ix) demonstrações financeiras, auditadas por auditor independente registrado na CVM, especialmente elaboradas para fins de registro referentes a data posterior, preferencialmente coincidente com a data de encerramento do último trimestre do exercício corrente, mas nunca anterior a 120 dias contados da data do protocolo do pedido de registro, caso: (a) tenha ocorrido alteração relevante na estrutura patrimonial da companhia securitizadora, após a ata de encerramento do último exercício social; ou (b) a companhia securitizadora tenha sido constituída no mesmo exercício do pedido de registro. Com referência às demonstrações financeiras previstas nos itens (viii) e (ix), não são aceitos relatórios de auditoria que contenham opinião modificada sobre as demonstrações financeiras.

O pedido de registro para a categoria S2 deve ser instruído com todos os documentos e informações requeridos para a categoria S1, acrescidos das seguintes informações: (i) atas de todas as assembleias gerais de acionistas realizadas nos últimos 12 meses ou documentos equivalentes; (ii) cópia dos acordos de acionistas ou de outros pactos sociais arquivados na sede da companhia securitizadora; (iii) política de divulgação de informações e de negociação de valores mobiliários de sua emissão por membros da administração e funcionários; e (iv) declarações a respeito dos valores mobiliários da companhia securitizadora detidos pelos administradores, membros do conselho fiscal, e de quaisquer órgãos com funções técnicas ou consultivas criados por disposição estatutária, nos termos das normas específicas a respeito do assunto.

Conforme já mencionamos, a companhia securitizadora que pleiteie registro nas categorias S1 ou S2 deverá: (i) atribuir a responsabilidade pelas atividades de securitização a um diretor estatutário; e (ii) atribuir a responsabilidade pelo cumprimento de regras, políticas, procedimentos e controles internos da Res. 60/2021 a um diretor estatutário. Se atuar na distribuição de títulos de securitização de sua própria emissão, a companhia securitizadora deverá atribuir a responsabilidade pela distribuição a um diretor estatutário, que não poderá atuar em qualquer atividade que limite a sua independência, na companhia securitizadora ou fora dela.

Quanto aos prazos previstos na Res. 60/2021, a SSE tem até dez dias para indicar à requerente a ausência de algum documento. Após o recebimento de todos os documentos necessários à concessão do registro, a SSE tem 60 dias para analisar o pedido, contados da data do protocolo do último documento que complete a instrução do pedido de registro. Minutas e quaisquer outros

documentos que contenham lacunas cujo preenchimento, a critério da SSE, seja relevante para a análise do pedido, serão desconsideradas. Esse prazo de 60 dias poderá ser suspenso uma vez, se houver necessidade de informações ou documentos para a complementação da instrução do pedido de registro, conforme solicitação da SSE. A requerente tem 20 dias para cumprir as exigências formuladas pela SSE. Mediante pedido prévio e fundamentado formulado pela requerente à SSE, o prazo para o cumprimento das exigências poderá ser prorrogado, uma única vez, por dez dias. A SSE deve manifestar-se a respeito do atendimento das exigências e do deferimento do pedido de registro no prazo remanescente para o término da análise. Na hipótese de ocorrência de fato novo, durante a instrução do processo, poderá ser admitida nova suspensão do referido prazo de 60 dias pela SSE. A SSE deverá enviar ofício à requerente, com a solicitação dos esclarecimentos e documentos necessários. No prazo de dez dias contado do recebimento desse ofício, a requerente deverá cumprir a referida solicitação. A SSE então se manifestará a respeito do atendimento das exigências e do deferimento do pedido de registro no prazo remanescente para o término da análise. A inobservância dos prazos aqui mencionados pela requerente implica indeferimento automático do pedido de registro. A ausência de manifestação da SSE nos prazos previstos implica deferimento automático do pedido de registro.

A Res. 60/2021 também regula os procedimentos para cancelamento voluntário, suspensão e cancelamento de ofício do registro, bem como para conversão de uma categoria de registro em outra.

OBRIGAÇÕES DA COMPANHIA SECURITIZADORA

A companhia securitizadora deve cumprir as seguintes obrigações: (i) exercer suas atividades com boa fé, transparência, diligência e lealdade em relação aos seus investidores; (ii) evitar práticas que possam ferir a relação fiduciária mantida com os investidores; (iii) cumprir fielmente as obrigações previstas nos instrumentos de emissão dos títulos de securitização; (iv) manter atualizada, em perfeita ordem e à disposição dos investidores, na forma e prazos estabelecidos nos respectivos instrumentos de cada emissão, em suas regras internas e na regulação, toda a documentação relativa às suas emissões; (v) informar à CVM sempre que verifique, no exercício das suas atribuições, a ocorrência ou indícios de violação da legislação que incumbe à CVM fiscalizar, no prazo máximo de dez dias úteis da ocorrência ou identificação; (vi) no caso de títulos de securitização admitidos à negociação em mercados organizados, estabelecer política relacionada à negociação por parte de administradores, empregados, colaboradores, sócios controladores e pela própria companhia; (vii) cooperar com o agente fiduciário e fornecer os documentos e informações por ele solicitados para fins de cumprimento de seus deveres e atribuições, conforme regulamentação específica e consoante os termos do instrumento de emissão; (viii) zelar pela existência e integridade dos ativos e instrumentos que compõem o patrimônio separado, inclusive quando custodiados, depositados ou registrados em terceiros; e (ix) quando da aquisição

dos direitos creditórios que servirão de lastro à operação de securitização, verificar se o montante atribuído a algum devedor representa parcela igual ou superior a 20% do valor total do lastro e, caso positivo, diligenciar para aferir sua situação fiscal.

O registro dos ativos e instrumentos que compõem o patrimônio separado deve ser feito em entidade registradora autorizada pelo Banco Central do Brasil (Bacen) ou pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM, no âmbito de suas competências, a exercer a atividade de registro de direitos creditórios, ativos financeiros ou valores mobiliários, conforme o caso, nos termos da Lei nº 12.810, de 15 de maio de 2013 (Lei 12.810/2013)⁴.

A matéria é regulada pelos arts. 22 até 31 da Lei nº 12.810/2013. Compete ao Bacen e à CVM, no âmbito das respectivas competências: (i) autorizar e supervisionar o exercício da atividade de depósito centralizado de ativos financeiros e de valores mobiliários; e (ii) estabelecer as condições para o exercício da atividade prevista no item (i). O depósito centralizado, realizado por entidades qualificadas como depositários centrais, compreende a guarda centralizada de ativos financeiros e de valores mobiliários, fungíveis e infungíveis, o controle de sua titularidade efetiva e o tratamento de seus eventos. Essas entidades são responsáveis pela integridade dos sistemas por elas mantidos e dos registros correspondentes aos ativos financeiros e valores mobiliários sob sua guarda centralizada. Para fins do depósito centralizado, os ativos financeiros e valores mobiliários, em forma física ou eletrônica, serão transferidos no regime de titularidade fiduciária para o depositário central. A constituição e a extinção da titularidade fiduciária em favor do depositário central serão realizadas, inclusive para fins de publicidade e eficácia perante terceiros, exclusivamente com a inclusão e a baixa dos ativos financeiros e valores mobiliários nos controles de titularidade da entidade. Os registros do emissor ou do escriturador dos ativos financeiros e dos valores mobiliários devem refletir fielmente os controles de titularidade do depositário central. Os ativos financeiros e valores mobiliários transferidos na forma aqui indicada: (a) não se comunicarão com o patrimônio geral ou com outros patrimônios especiais das entidades qualificadas como depositário central; (b) devem permanecer nas contas de depósito centralizado em nome do respectivo titular efetivo ou, quando admitido pela regulamentação pertinente, de seu representante, até que sejam resgatados, retirados de circulação ou restituídos aos seus titulares efetivos; e (c) não são passíveis de constituição de garantia pelas entidades qualificadas como depositários centrais e não respondem pelas suas obrigações. O depositário central não pode dispor dos ativos financeiros e dos valores mobiliários recebidos em titularidade fiduciária e fica obrigado a restituí-los ao seu titular efetivo ou, quando admitido pela regulamentação pertinente, ao seu representante, com todos os direitos e ônus que lhes tiverem sido atribuídos enquanto mantidos em depósito centralizado. A titularidade efetiva dos ativos financeiros e dos valores mobiliários objeto de depósito centralizado se presume pelos controles de titularidade mantidos pelo depositário central. A transferência dos ativos financeiros e dos valores mobiliários dá-se exclusivamente em conformidade com instruções recebidas.

ATIVIDADES PROIBIDAS

É vedado à companhia securitizadora: (i) adquirir direitos creditórios ou subscrever títulos de dívida originados ou emitidos, direta ou indiretamente, por partes a ela relacionadas, com o propósito de lastrear suas emissões, salvo quando: (a) os títulos de securitização sejam de colocação exclusiva junto a investidores qualificados; (b) os títulos de securitização sejam de colocação exclusiva junto a sociedades que integram o grupo econômico da companhia securitizadora; (c) as partes relacionadas sejam instituições financeiras e a cessão observar os normativos do CMN e do Bacen; (d) houver a prática de warehousing; ou (e) houver gestão da inadimplência da carteira de direitos creditórios do patrimônio separado por meio de operação de cessão a partes relacionadas de direitos creditórios inadimplidos em troca de novos direitos creditórios aderentes aos critérios de elegibilidade e demais termos e condições estabelecidos no instrumento de emissão, desde que a operação seja necessária para que os investidores recebam a remuneração prevista no instrumento de emissão; (ii) prestar garantias em benefício próprio ou de outro patrimônio separado, utilizando os bens ou direitos sob regime fiduciário; (iii) receber recursos provenientes dos ativos vinculados em conta corrente ou de pagamento não vinculada à emissão, sem prejuízo do depósito dos recursos oriundos dos recebimentos dos direitos creditórios que lastreiam os títulos de securitização emitidos. Esses títulos devem ser depositados diretamente em conta de depósito à vista ou conta de pagamento autorizada e supervisionada pelo Bacen de titularidade da companhia securitizadora, aberta exclusivamente para cada emissão, e contará com a instituição do regime fiduciário, se for o caso; (iv) adiantar rendas futuras aos investidores, sem prejuízo da possibilidade de resgate antecipado, amortização extraordinária, ou outra forma de liquidação adiantada, desde que prevista no instrumento de emissão ou aprovada em assembleia especial de investidores; (v) aplicar no exterior os recursos captados com a emissão; (vi) contrair ou efetuar empréstimos em nome dos patrimônios separados que administre; e (vii) negligenciar, em qualquer circunstância, a defesa dos direitos e interesses dos titulares dos títulos de securitização por ela emitidos.

Na hipótese mencionada no item (i) do parágrafo anterior, os investidores serão adequadamente informados, inclusive mediante disposições expressas no instrumento de emissão sobre: (i) a existência e extensão do potencial conflito de interesses; (ii) as medidas adotadas pela companhia securitizadora para mitigação do potencial conflito de interesses em questão; e (iii) os fatores de risco decorrentes do potencial conflito de interesses em questão.

Ao mencionar risco decorrente do potencial conflito de interesses, cumpre esclarecer que retenção de risco é qualquer obrigação contratual ou mecanismo existente no âmbito de operação de securitização por meio do qual o cedente ou terceiro retenha, total ou parcialmente, o risco de crédito decorrente da exposição à variação do fluxo de caixa dos direitos creditórios que lastreiam a emissão.

Dentre as atividades permitidas, a companhia securitizadora está autorizada a: (i) celebrar com investidores compromisso de investimento, de forma a receber os recursos subscritos para aquisição de direitos creditórios que servirão de lastro para sua emissão conforme chamadas de capital, feitas de acordo com prazos, processos decisórios e demais procedimentos estabelecidos no respectivo compromisso; e (ii) somente substituir direitos creditórios integrantes do patrimônio separado, e desde que sejam atendidos os critérios de elegibilidade e demais termos e condições estabelecidos no instrumento de emissão, assim como que não seja alterada, para menor, a remuneração dos investidores ou o montante total dos direitos creditórios vinculados à emissão, nem tampouco postergado o cronograma da operação, nos casos relacionados a seguir: (a) vícios na cessão que possam vir a afetar a cobrança dos direitos creditórios, incluindo, por exemplo, falhas na formalização de direitos creditórios; (b) manutenção do nível da retenção de risco assumida pelo cedente ou terceiros na respectiva emissão; ou (c) manutenção do teto de concentração de cedente ou de devedor.

A companhia securitizadora manterá suas atividades de securitização segregadas das atividades exercidas pelas demais pessoas jurídicas do seu grupo econômico com as quais haja potencial conflito de interesses, sem prejuízo da possibilidade de compartilhamento de recursos.

REGRAS, PROCEDIMENTOS E CONTROLES INTERNOS

A companhia securitizadora deverá desenvolver e implementar regras, procedimentos e controles internos, por escrito, visando: (i) garantir o permanente atendimento às normas, políticas e regulamentações vigentes e aos padrões ético e profissional; e (ii) ser efetivos e consistentes com a natureza, complexidade e risco das operações realizadas.

Também estabelecerá mecanismos para: (i) assegurar o controle de informações confidenciais a que tenham acesso seus administradores, empregados e colaboradores; (ii) assegurar a existência de testes periódicos de segurança para os sistemas de informações, em especial para os mantidos em meio eletrônico; (iii) implantar e manter programa de treinamento de administradores, empregados e colaboradores que tenham acesso a informações confidenciais ou participem de processo de distribuição de certificados e títulos de securitização; e (iv) implantar e manter planos de contingência e continuidade de negócios.

O diretor responsável pela implementação e cumprimento de regras, políticas, procedimentos e controles internos e da Res. 60/2021 encaminhará aos órgãos de administração da companhia securitizadora, até o último dia útil do mês de abril de cada ano, relatório relativo ao ano civil imediatamente anterior à data de entrega, contendo: (i) as conclusões dos exames efetuados; (ii) as recomendações a respeito de eventuais deficiências, com o estabelecimento de cronogramas de saneamento, quando for o caso; e (iii) a manifestação do diretor responsável pelas atividades de securitização a respeito das deficiências encontradas em verificações anteriores e das medidas planejadas, de acordo

com cronograma específico, ou efetivamente adotadas para saná-las. Esse relatório da companhia securitizadora deverá alcançar todas as suas subsidiárias integrais e ficará disponível para a CVM na sede da companhia securitizadora.

O diretor responsável pelas atividades de securitização será responsável pela prestação de todas as informações exigidas pela regulamentação do mercado de valores mobiliários. Sempre que uma companhia securitizadora em situação especial tiver seus administradores substituídos por um liquidante, administrador judicial, gestor judicial, interventor ou figura semelhante, essa pessoa equipara-se ao diretor responsável pelas atividades de securitização, para todos os fins previstos na regulamentação do mercado de valores mobiliários.

Os rendimentos financeiros que decorram de aplicações de recursos originados nos direitos creditórios podem ser reconhecidos pela companhia securitizadora, nos termos e condições expressamente previstos no instrumento de emissão, mediante evidenciação da natureza de tal reconhecimento nas demonstrações financeiras.

ASSEMBLEIA ESPECIAL DE INVESTIDORES

A assembleia especial de investidores é a assembleia dos titulares de títulos de securitização de uma determinada emissão. Compete privativamente à assembleia especial de investidores deliberar sobre: (i) as demonstrações financeiras do patrimônio separado apresentadas pela companhia securitizadora, acompanhadas do relatório dos auditores independentes, em até 120 dias após o término do exercício social a que se referirem; (ii) alterações no instrumento de emissão; (iii) destituição ou substituição da companhia securitizadora na administração do patrimônio separado; e (iv) qualquer deliberação pertinente à administração ou liquidação do patrimônio separado, nos casos de insuficiência de recursos para liquidar a emissão ou de decretação de falência ou recuperação judicial ou extrajudicial da companhia securitizadora, podendo deliberar inclusive: (a) a realização de aporte de capital por parte dos investidores; (b) a dação em pagamento aos investidores dos valores integrantes do patrimônio separado; (c) o leilão dos ativos componentes do patrimônio separado; ou (d) a transferência da administração do patrimônio separado para outra companhia securitizadora ou para o agente fiduciário, se for o caso. Além das matérias aqui previstas, o instrumento de emissão poderá estabelecer outras matérias de competência da assembleia especial de investidores.

As demonstrações financeiras, cujo relatório de auditoria não contiver opinião modificada, podem ser consideradas automaticamente aprovadas, caso a assembleia especial de investidores correspondente não seja instalada em virtude do não comparecimento de investidores.

O instrumento de emissão poderá ser alterado independentemente de deliberação da assembleia especial de investidores sempre que tal alteração: (i) decorrer exclusivamente da necessidade de atendimento a exigências expressas da CVM, de adequação a normas legais ou regulamentares, bem como de demandas das entidades administradoras de mercados organizados ou de entidades autorreguladoras; (ii) decorrer da substituição de direitos creditórios

pela companhia securitizadora; (iii) decorrer da revolvência de CRA; (iv) for necessária em virtude da atualização dos dados cadastrais da emissora ou dos prestadores de serviços; (v) envolver redução da remuneração dos prestadores de serviço descritos no instrumento de emissão; e (vi) decorrer de correção de erro formal e desde que a alteração não acarrete qualquer alteração na remuneração, no fluxo de pagamentos e nas garantias dos títulos de securitização emitidos. Essas alterações serão comunicadas aos titulares, no prazo de até sete dias úteis contado da data em que tiverem sido implementadas.

Aqui cabe esclarecer o significado de “revolvência” para os fins da Res. 60/2021, normalmente relacionada aos direitos creditórios do agronegócio, representados pelo CRA. Considera-se revolvência a aquisição de novos direitos creditórios do agronegócio com a utilização de recursos originados pelos direitos creditórios e demais bens e direitos que compõem o lastro da emissão. É permitida a revolvência nas situações em que o ciclo de plantação, desenvolvimento, colheita e comercialização dos produtos e insumos agropecuários vinculados ao CRA não permita que, na sua emissão, sejam vinculados direitos creditórios com prazos compatíveis ao vencimento do certificado. O montante total dos direitos creditórios vinculados ao CRA deverá ser compatível com o pagamento da remuneração e amortização previstas para a emissão. A revolvência somente poderá ocorrer desde que sejam atendidos os critérios de elegibilidade e demais termos e condições estabelecidos no instrumento de emissão, assim como que não seja alterada, para menor, a remuneração dos investidores ou o montante total dos direitos creditórios vinculados à emissão, nem tampouco postergado o cronograma da operação. Em caso de revolvência, a companhia securitizadora aditará o instrumento de emissão, de forma a vincular os novos direitos creditórios adquiridos à emissão, em até 45 dias da data da aquisição dos recebíveis. Enquanto não utilizados para a aquisição de novos recebíveis, os recursos decorrentes da revolvência dos direitos creditórios somente podem ser utilizados para aplicação em títulos públicos federais, operações compromissadas com lastro em títulos públicos federais ou em cotas de fundos de investimento classificados nas categorias “Renda Fixa – Curto Prazo” ou “Renda Fixa – Simples”, nos termos da regulamentação específica. A parcela de recursos decorrentes da revolvência que não for utilizada, dentro do prazo estabelecido no termo de securitização, na aquisição de novos direitos creditórios, deverá ser utilizada na amortização ou no resgate dos títulos de securitização.

Não se admite revolvência nas operações de securitização de créditos imobiliários (CRI).

A amortização consiste no pagamento aos investidores de parcela do valor de principal dos seus investimentos sem redução da quantidade de títulos de securitização detidas pelo investidor.

A convocação da assembleia especial de investidores será encaminhada pela companhia securitizadora a cada investidor e disponibilizada na página que contém as informações do patrimônio separado na Internet, através da Rede Mundial de Computadores (World Wide Web – WWW). Essa convocação deve ser feita com 20 dias de antecedência, no mínimo, da data de sua realização.

Da convocação deverá constar, no mínimo: (i) dia, hora e local em que será realizada a assembleia, sem prejuízo da possibilidade de a assembleia ser realizada parcial ou exclusivamente de modo digital; (ii) ordem do dia contendo todas as matérias a serem deliberadas, não se admitindo que sob a rubrica de assuntos gerais haja matérias que dependam de deliberação da assembleia; e (iii) indicação da página na Internet em que o investidor poderá acessar os documentos pertinentes à ordem do dia que sejam necessários para debate e deliberação da assembleia. Caso o investidor possa participar da assembleia à distância, por meio de sistema eletrônico, a convocação conterá informações, detalhando as regras e os procedimentos sobre como os investidores podem participar e votar à distância na assembleia, incluindo informações necessárias e suficientes para acesso e utilização do sistema pelos investidores, assim como se a assembleia será realizada parcial ou exclusivamente de modo digital. Tais informações podem ser divulgadas de forma resumida, com indicação do endereço na Internet onde a informação completa estiver disponível a todos os investidores.

Essa assembleia especial poderá ser convocada por iniciativa própria da companhia securitizadora, do agente fiduciário ou mediante solicitação de investidores que detenham, no mínimo, 5% do patrimônio separado ou da parcela da classe de títulos de securitização em específico que estiver sendo convocada, se for o caso. A convocação deve ser dirigida à companhia securitizadora, que deve, no prazo máximo de 30 dias contado do recebimento, convocar a assembleia especial de investidores às expensas dos requerentes, salvo se a assembleia assim convocada deliberar em contrário. A referida assembleia especial será instalada com a presença de qualquer número de investidores, sendo que a presença da totalidade dos investidores supre a falta de convocação para fins de instalação da assembleia especial de investidores.

A assembleia especial de investidores poderá ser realizada: (i) de modo exclusivamente digital, caso os investidores somente possam participar e votar por meio de comunicação escrita ou sistema eletrônico; ou (ii) de modo parcialmente digital, caso os investidores possam participar e votar tanto presencialmente quanto à distância, por meio de comunicação escrita ou sistema eletrônico. No caso de utilização de meio eletrônico, a companhia securitizadora adotará meios para garantir a autenticidade e a segurança na transmissão de informações, particularmente os votos que devem ser proferidos por meio de assinatura eletrônica ou outros meios igualmente eficazes para assegurar a identificação do investidor. Os investidores podem votar por meio de comunicação escrita ou eletrônica, desde que recebida pela companhia securitizadora antes do início da assembleia.

As deliberações são tomadas por maioria de votos dos presentes. Para os efeitos de cômputo de quórum e de manifestação de voto, a cada investidor cabe a quantidade de votos representativa de sua participação no patrimônio separado. Se a emissão contar com mais de uma classe de títulos de securitização, o instrumento de emissão poderá dispor sobre a existência de direitos políticos especiais e o exercício do direito de voto na assembleia em relação a cada classe em separado. O instrumento de emissão poderá estabelecer

quórum para as deliberações da assembleia especial de investidores distinto da maioria simples, para cada matéria que especificar. O quórum de deliberação requerido para a substituição da companhia securitizadora na administração do patrimônio separado não pode ser superior a títulos de securitização representativos de mais de 50% do patrimônio separado. O instrumento de emissão poderá dispor sobre a possibilidade dessas deliberações serem adotadas mediante processo de consulta formal, sem necessidade de reunião dos investidores, observado que nesse caso será concedido aos investidores prazo mínimo de dez dias para manifestação.

Somente podem votar na assembleia especial os investidores detentores de títulos de securitização na data da convocação da assembleia, seus representantes legais ou procuradores legalmente constituídos há menos de um ano. Não podem votar na referida assembleia: (i) os prestadores de serviços à operação de securitização, o que inclui a companhia securitizadora; (ii) os sócios, diretores e funcionários do prestador de serviço; (iii) empresas ligadas ao prestador de serviço, seus sócios, diretores e funcionários; e (iv) qualquer investidor que tenha interesse conflitante com os interesses do patrimônio em separado no tocante à matéria em deliberação. Não se aplica a vedação aqui prevista quando: (a) os únicos investidores forem as pessoas mencionadas nos itens acima; ou (b) houver aquiescência expressa da maioria dos demais investidores presentes à assembleia, manifestada na própria assembleia ou em instrumento de procuração que se refira especificamente à assembleia em que se dará a permissão de voto.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

A companhia securitizadora deverá contratar os seguintes prestadores de serviços, sendo que a contratação ocorre em benefício do patrimônio separado, se houver: (i) custodiante para os bens e direitos vinculados à emissão ou, alternativamente, seu registro em entidade registradora; (ii) escriturador; (iii) auditor independente; e (iv) agente fiduciário. O instrumento de emissão pode atribuir os encargos dessas contratações ao patrimônio separado.

O custodiante, o escriturador e o auditor independente: (i) devem possuir registro na CVM para exercer a atividade; e (ii) não estão sujeitos à destituição ou substituição por deliberação da assembleia especial de investidores, salvo se expressamente previsto no instrumento de emissão ou desde que em comum acordo com a companhia securitizadora.

No âmbito de sua atuação em operações de securitização, aplicam-se ao agente fiduciário os direitos e as obrigações estabelecidos na lei e na regulamentação aplicável ao exercício da função. É vedado ao agente fiduciário ou partes a ele relacionadas prestar quaisquer outros serviços para a emissão, devendo a sua participação estar limitada às atividades diretamente relacionadas à sua função. O agente fiduciário deve convocar assembleia especial de investidores para deliberar sobre a administração ou liquidação do patrimônio separado, na hipótese de insuficiência dos ativos do patrimônio separado para liquidar a emissão.

Os auditores independentes podem ser substituídos pela companhia securitizadora em razão da regra de rodízio na prestação desses serviços, devendo atualizar as informações da operação de securitização e, se for o caso, aditar o instrumento de emissão. A substituição dos auditores independentes será informada pela companhia securitizadora ao agente fiduciário, às entidades administradoras dos mercados regulamentados em que os valores mobiliários por ela emitidos sejam admitidos à negociação e à SSE.

A companhia securitizadora poderá contratar agente de cobrança judicial ou extrajudicial dos direitos creditórios inadimplidos, desde que a contratação esteja prevista no instrumento de emissão e ocorra em benefício dos investidores, podendo o instrumento de emissão atribuir os encargos da contratação ao patrimônio separado.

A contratação da classificação de risco para a emissão poderá ser feita pela companhia securitizadora, podendo o instrumento de emissão atribuir os encargos da contratação ao patrimônio separado. Nas ofertas públicas de distribuição destinadas a investidores que não sejam considerados qualificados é obrigatório haver ao menos um relatório de agência classificadora de risco atribuído ao título de securitização distribuído junto ao público em geral. A classificação de risco deve ser atualizada, pelo menos, a cada período de três meses, admitindo-se, no caso de títulos de securitização que podem ser negociados apenas entre investidores qualificados, que o instrumento de emissão dispense a atualização periódica ou preveja periodicidade maior.

O serviço de custódia ou registro alcança a guarda dos documentos comprobatórios, que representam os direitos creditórios vinculados à emissão. O prestador dos serviços de custódia ou registro poderá contratar depositário para os documentos que integram o lastro das emissões, sem se eximir de sua responsabilidade pela guarda desses documentos. O custodiante ou registrador, conforme o caso, deverá contar com regras e procedimentos adequados, previstos por escrito e passíveis de verificação, para assegurar o controle e a adequada movimentação da documentação comprobatória dos direitos creditórios. Os documentos aqui referidos são aqueles que a companhia securitizadora e o prestador de serviço julguem necessários para que possam exercer plenamente as prerrogativas decorrentes da titularidade dos ativos, sendo capaz de comprovar a origem e a existência do direito creditório e da correspondente operação que o lastreia.

A companhia securitizadora será responsável pelas atividades de monitoramento, controle, processamento e liquidação dos ativos e garantias vinculados à operação de securitização, podendo contratar prestadores de serviços para essas atividades, sem se eximir de suas responsabilidades. Entre as obrigações da companhia securitizadora incluem-se: (i) diligenciar para que sejam mantidos atualizados e em perfeita ordem: (a) controles de presenças e das atas de assembleia especial dos investidores; (b) os relatórios dos auditores independentes sobre as suas demonstrações financeiras e sobre os seus patrimônios separados; (c) os registros contábeis referentes às operações realizadas e vinculadas à emissão; e (d) cópia da documentação relativa às operações vinculadas à emissão; (ii) pagar, às suas expensas, eventuais

multas cominatórias impostas pela CVM; (iii) manter os direitos creditórios e demais ativos vinculados à emissão: (a) registrados em entidade registradora; ou (b) custodiados em entidade de custódia autorizada ao exercício da atividade pela CVM; (iv) elaborar e divulgar as informações previstas na Res. 60/2021; (v) convocar e realizar a assembleia especial de investidores, assim como cumprir suas deliberações; (vi) observar a regra de rodízio dos auditores independentes da companhia securitizadora, assim como para os patrimônios separados, conforme disposto na regulamentação específica; (vii) cumprir e fazer cumprir todas as disposições do instrumento de emissão; e (viii) adotar os procedimentos necessários para a execução das garantias envolvidas, quando for o caso.

Não se aplica aos patrimônios separados a extensão de prazo referente ao rodízio de contratação de auditores derivado da implantação do comitê de auditoria.

Se forem necessários recursos adicionais para implementar medidas requeridas para que os investidores sejam remunerados e o patrimônio separado não possua recursos suficientes em caixa para adotá-las, desde que tenha sido prevista no instrumento de emissão ou após deliberação da assembleia especial de investidores, poderá haver a emissão de nova série de títulos de securitização da mesma emissão, com a finalidade específica de captação dos recursos que sejam necessários à execução das medidas requeridas. Os recursos captados estão sujeitos ao regime fiduciário, se constituído, e devem integrar o patrimônio separado, devendo ser utilizados exclusivamente para viabilizar a remuneração dos investidores. O instrumento de emissão dos títulos de securitização será aditado pela companhia securitizadora, de modo a prever a emissão da série adicional, seus termos e condições, e a destinação específica dos recursos captados.

A companhia securitizadora adotará diligências para verificar se os prestadores de serviços contratados para si ou em benefício do patrimônio separado possuem: (i) recursos humanos, tecnológicos e estrutura adequados e suficientes para prestar os serviços contratados; (ii) quando se tratar de custodiante ou de entidade registradora, sistemas de liquidação, validação, controle, conciliação e monitoramento de informações que assegurem um tratamento adequado, consistente e seguro para os direitos creditórios nele custodiados ou registrados; e (iii) regras, procedimentos e controles internos adequados à operação de securitização. A companhia securitizadora fiscalizará os serviços prestados por terceiros contratados que não sejam entes regulados pela CVM, sendo responsável perante a CVM pelas condutas de tais prestadores de serviços no âmbito da operação de securitização.

CONTROLE DE RECURSOS

Os recursos oriundos dos recebimentos dos direitos creditórios que lastreiam os títulos de securitização emitidos serão depositados diretamente em conta de depósito à vista ou conta de pagamento autorizada e supervisionada pelo Bacen de titularidade da companhia securitizadora, aberta exclusivamente

para cada emissão, e que contará com a instituição do regime fiduciário, se for o caso. O instrumento de emissão poderá prever que os recursos oriundos dos recebimentos dos direitos creditórios podem ser recebidos diretamente em conta escrow ou outro tipo de conta ou arranjo em instituição financeira, para posterior transferência à companhia securitizadora, de acordo com regras e procedimentos estabelecidos no instrumento de emissão. Essa conta ou arranjo deverá ser instituída em conjunto pelo cedente e pela companhia securitizadora junto a instituições financeiras, sob contrato, sendo destinada a acolher depósitos a serem feitos pelo devedor e ali mantidos, em custódia, até a sua liberação. Os pagamentos dos direitos creditórios inadimplidos objeto de cobrança judicial ou extrajudicial serão recebidos pela companhia securitizadora nessa conta ou arranjo. Em operações de securitização destinadas exclusivamente a investidores profissionais, desde que expressamente previsto no instrumento de emissão, recursos oriundos do recebimento dos direitos creditórios podem ser recebidos pelo cedente em conta de depósito à vista ou de pagamento de livre movimentação, para posterior repasse à companhia securitizadora.

Os recursos integrantes do patrimônio separado não podem ser utilizados em operações envolvendo instrumentos financeiros derivativos, exceto se tais operações forem realizadas exclusivamente com o objetivo de proteção patrimonial (hedge). Em caso de constituição de patrimônio separado, os derivativos utilizados para fins de hedge devem contar com o mesmo regime fiduciário dos direitos creditórios que lastreiam a emissão.

TRANSFERÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO DO PATRIMÔNIO SEPARADO

A destituição e substituição da companhia securitizadora da administração do patrimônio separado pode ocorrer nas seguintes situações: (i) insuficiência dos bens do patrimônio separado para liquidar a emissão de títulos de securitização; (ii) decretação de falência ou recuperação judicial ou extrajudicial da companhia securitizadora; (iii) nos casos expressamente previstos no instrumento de emissão original, que podem ser de aplicação automática ou sujeitos à deliberação da assembleia geral de investidores, nos termos do instrumento de emissão; ou (iv) em qualquer outra hipótese deliberada pela assembleia especial de investidores, desde que conte com a concordância da companhia securitizadora. Na hipótese prevista no item (i) acima, cabe ao agente fiduciário convocar assembleia especial de investidores para deliberar sobre a administração ou liquidação do patrimônio separado. Na hipótese prevista no item (ii), cabe ao agente fiduciário assumir imediatamente a custódia e a administração do patrimônio separado e, em até 15 dias, convocar assembleia especial de investidores para deliberar sobre a substituição da companhia securitizadora ou liquidação do patrimônio separado.

A assembleia especial de investidores da SPE não tem competência para transferir o controle da sociedade para outra companhia securitizadora, sem prejuízo das hipóteses de transferência da administração do lastro da emissão, que são admitidas nos termos do parágrafo anterior.

EMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE TÍTULOS DE SECURITIZAÇÃO

Cada emissão corresponde a um instrumento de emissão e, caso instituído regime fiduciário sobre o lastro, a um determinado patrimônio separado, devendo a companhia securitizadora vincular todas as classes e séries da emissão ao mesmo instrumento de emissão. Cada emissão deve ser numerada de forma sequencial, assim como cada série da mesma classe. A SPE deverá manter uma única emissão em circulação, podendo efetuar nova emissão de títulos de securitização somente após liquidada a emissão anterior.

Os títulos de securitização podem ser emitidos em classe única ou em classes sênior e subordinadas, sendo: (i) o de classe sênior aquele que não se subordina às demais classes para efeito de amortização e resgate; e (ii) o de classe subordinada aquele que se subordina à classe sênior para efeito de amortização e resgate. A classe subordinada pode se dividir em subclasses, com diferentes níveis de subordinação entre si, sendo a subclasse denominada “subordinada júnior” aquela que se subordina às demais subclasses, denominadas “subordinada mezanino”. A classe sênior não pode se dividir em subclasses, admitindo-se sua divisão em séries exclusivamente com a finalidade de se estabelecer, para cada série, remuneração diferenciada e prazos distintos de amortização. Os títulos de securitização de uma mesma série devem conter as mesmas características e conferir a seus titulares iguais direitos e obrigações, sem prejuízo das distinções para séries da classe sênior, conforme previstas na Res. 60/2021.

Aplicam-se às distribuições públicas de títulos de securitização: (i) as disposições específicas da Res. 60/2021; e (ii) as normas da regulamentação sobre as ofertas públicas de distribuição de valores mobiliários nos mercados primário e secundário.

A companhia securitizadora poderá atuar na distribuição de títulos de securitização de sua própria emissão, sem a contratação de instituição intermediária até o valor de R\$ 120 milhões, observado, cumulativamente, que: (i) atenda às seguintes normas específicas da CVM: (a) normas de cadastro de clientes, de conduta e de pagamento e recebimento de valores aplicáveis à intermediação de operações realizadas com valores mobiliários em mercados regulamentados de valores mobiliários; (b) normas que dispõem sobre o dever de verificação da adequação dos produtos, serviços e operações ao perfil do cliente; (c) normas que dispõem sobre a identificação, o cadastro, o registro, as operações, a comunicação, os limites e a responsabilidade administrativa referentes aos crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; (ii) indique um diretor responsável pela distribuição e pelo cumprimento das normas de que tratam as alíneas (a) e (b); e (iii) indique um diretor responsável pelo cumprimento das normas de que trata a alínea (c), que poderá ser o mesmo diretor responsável pelas atividades de securitização. A companhia securitizadora que atue na distribuição de títulos de securitização deverá atualizar os campos aplicáveis do formulário de referência, sempre que houver alterações. Caso atue na distribuição de títulos de securitização, a companhia

securitizadora não poderá contratar agente autônomo de investimento para atuar na distribuição.

INSTRUMENTO DE EMISSÃO

O Suplemento A à Res. 60/2021 determina o conteúdo mínimo do instrumento de emissão. A denominação do instrumento de emissão deve conter o número da emissão, seguido do nome da emissora, e: (i) da identificação do devedor, no caso de o certificado estar vinculado a um único devedor ou devedores sob controle comum; (ii) caso não se observe o item (i), da identificação do cedente, quando, cumulativamente: (a) o instrumento de emissão estiver vinculado a direitos creditórios de titularidade de um único cedente ou cedentes sob controle comum; e (b) houver retenção de risco da emissão pelo cedente; ou (iii) da expressão do termo “diversificado”, nas demais hipóteses.

Do instrumento de emissão devem constar as seguintes cláusulas mínimas: (i) identificação dos títulos de securitização: (a) qualificação da companhia securitizadora; (b) local e data de emissão; (c) número de emissão, identificação da classe, e, se for o caso, número da série; (d) valor nominal unitário; (e) discriminação dos valores, da forma, local e das datas de pagamento; (f) condições de remuneração e cláusulas de reajuste, se houver; e (g) existência e condições de resgate antecipado; e (ii) características das classes e séries da emissão e respectivos direitos políticos e econômicos, incluindo a informação sobre níveis de subordinação e ordem de pagamentos entre si de classes subordinadas mezanino⁵, se for o caso; (iii) se houver, a relação mínima entre a subordinação e o valor global dos títulos de securitização (índice de subordinação), a periodicidade para apuração e divulgação aos investidores dessa relação, assim como a fórmula adotada para o cálculo de tal índice, a qual deve ser consistente e passível de verificação; (iv) os procedimentos aplicáveis para a recomposição do índice de subordinação, quando cabível; (v) características dos direitos creditórios, incluindo: (a) a identificação do devedor, exceto no caso de devedores pessoas físicas em operações nas quais o valor médio dos direitos creditórios seja reduzido; (b) o valor nominal; e (c) o vencimento; (vi) indicação e descrição de outras garantias da operação de securitização, tais como mecanismos de sobrecolateralização⁶ ou de retenção de risco pelo cedente, se houver; (vii) possibilidade e condições para a substituição dos direitos creditórios que servem de lastro; (viii) declaração, pela companhia securitizadora, da instituição do regime fiduciário sobre o lastro, se for o caso, a qual deve especificar, ainda, os bens, direitos e garantias que compõem o lastro; (ix) a nomeação de agente fiduciário, com a definição de seus deveres, responsabilidades e remuneração, bem como as hipóteses, condições e forma de sua destituição ou substituição e as demais condições de sua atuação, observado o disposto na norma específica da CVM a respeito do exercício dessa atividade; (x) características das classes e séries emitidas que as diferenciam, incluindo informações sobre a subordinação e ordem de pagamentos entre si de classes subordinadas mezanino; (xi) encargos próprios ao patrimônio separado, no âmbito da operação de securitização, sendo certo que quaisquer encargos não

dispostos no instrumento de emissão devem ser imputados à companhia securitizadora, salvo se: (a) tratar de encargos não previstos, desde e que sejam, de modo fundamentado pela companhia securitizadora, próprios à operação de securitização e exigíveis para a boa administração do patrimônio separado; e (b) houver ratificação posterior em deliberação da assembleia especial de investidores; (xii) eventuais provisões ou reservas para o exercício da cobrança judicial ou extrajudicial dos créditos inadimplidos; (xiii) política de utilização de derivativos, se houver; (xiv) forma de liquidação do patrimônio separado; e (xv) eventos de liquidação antecipada do título de securitização e, no caso de decisão da assembleia especial de investidores pela não liquidação, as eventuais situações que ensejam a liquidação dos títulos de securitização seniores dos investidores dissidentes que assim o solicitarem.

O instrumento de emissão deve prever que, na hipótese de liquidação do título de securitização, os titulares seniores têm o direito de partilhar o lastro na proporção dos valores previstos para amortização ou resgate da respectiva série e no limite desses mesmos valores, na data de liquidação, sendo vedado qualquer tipo de preferência, prioridade ou subordinação entre titulares de uma mesma série.

Caso se trate da emissão de CRI, em acréscimo ao conteúdo disposto no item (v) do parágrafo acima, devem constar as seguintes informações: (a) imóvel a que a operação de securitização esteja vinculada, se houver; (b) indicação do cartório de registro de imóveis em que esteja registrado; (c) situação do registro, matrícula e número do assentamento do ato pelo qual o direito creditório imobiliário foi cedido; e (d) se o imóvel objeto do direito creditório tem “habite-se” e se está sob regime de incorporação, nos termos da lei.

Se for o caso de emissão de CRA em que o lastro consista em títulos de dívida emitidos por terceiros, vinculados a uma relação comercial existente entre o terceiro e o produtor rural, em acréscimos ao conteúdo disposto no item (v) do parágrafo acima, o instrumento de emissão deve descrever objetivamente o vínculo entre o terceiro e o produtor rural. O instrumento de emissão do CRA conterà, ainda, a possibilidade de revolvência da carteira de direitos creditórios e, caso admitida, prazo máximo entre o efetivo recebimento dos recursos e a nova aquisição de direitos creditórios pela companhia securitizadora.

O instrumento de emissão de títulos de securitização lastreados em direitos creditórios imobiliários deve estar registrado ou averbado, conforme o caso: (i) no cartório de registro de imóveis competente; ou (ii) na instituição custodiante, quando instituído regime fiduciário e o lastro da emissão consistir em Cédulas de Crédito Imobiliário (CCI), na forma do art. 23 da Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004 (Lei 10.931/2004), que dentre outras providências dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, CCI e Cédula de Crédito Bancário. Consoante as disposições do referido art. 23, a CCI, objeto de securitização nos termos da Lei nº 9.514/1970, será identificada no respectivo Termo de Securitização de Créditos, mediante indicação do seu valor, número, série e instituição custodiante, dispensada a enunciação das informações já constantes da Cédula, ou nos controles das entidades autorizadas pelo Bacen a exercer a atividade de registro ou de depósito centralizado de ativos financeiros. O regime fiduciário no caso de emissão

de CRI lastreados em créditos representados por CCI, será registrado na instituição custodiante, mencionando o patrimônio separado a que estão afetados.

Caso uma das características da operação de securitização informada aos investidores seja a originação de externalidades positivas por meio de aspectos ambientais, sociais ou de governança, o instrumento de emissão deve informar de modo preciso e claro: (a) quais as externalidades esperadas; e (b) quais metodologias, princípios ou diretrizes são adotados na identificação e, se for o caso, monitoramento das externalidades.

PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES

As informações divulgadas pelas companhias securitizadoras devem ser: (i) verdadeiras, completas, consistentes e que não induzam o investidor a erro; (ii) escritas em linguagem simples, clara, objetiva e concisa; (iii) de forma abrangente, equitativa e simultânea para todo o mercado; e (iv) úteis à avaliação dos títulos de securitização por ela emitidos. A prestação de informações sobre SPE é obrigação da companhia securitizadora registrada que seja sua controladora. Sempre que a informação divulgada pela companhia securitizadora for válida por um prazo determinável, tal prazo deverá ser indicado. Informações factuais devem ser diferenciadas de interpretações, opiniões, projeções e estimativas. Sempre que possível e adequado, informações factuais devem vir acompanhadas da indicação de suas fontes. As companhias securitizadoras podem divulgar informações específicas que lhes sejam requisitadas por detentores de títulos de securitização de sua emissão, inclusive com relação ao formato de seu envio, devendo a divulgação de qualquer informação ser simultaneamente disponibilizada na página da companhia securitizadora na Internet.

As companhias securitizadoras enviarão à CVM as informações periódicas e eventuais, conforme conteúdo, forma e prazos estabelecidos pela Res. 60/2021. As informações enviadas à CVM devem ser entregues simultaneamente às entidades administradoras dos mercados em que títulos de securitização da companhia securitizadora sejam admitidos à negociação, na forma estabelecida por essas entidades administradoras.

A companhia securitizadora manterá em sua página na Internet as seguintes informações atualizadas: (i) formulário de referência; (ii) código de ética, de modo a concretizar os deveres previstos na Res. 60/2021; (iii) regras, procedimentos e descrição dos controles internos, elaborados para o cumprimento da Res. 60/2021; e (iv) seção específica para cada emissão que possua títulos de securitização em circulação, contendo, no mínimo: (a) informe mensal aplicável; (b) notificações, convocações de assembleia especial de investidores e eventuais comunicados realizados pela companhia securitizadora com relação às emissões vigentes; (c) demonstrações financeiras auditadas do respectivo patrimônio separado; e (d) relatórios elaborados pelo agente fiduciário de acordo com a regulamentação específica, quando aplicável, relacionados à respectiva emissão. As instituições contratadas devem fornecer à companhia securitizadora as informações necessárias à atualização da seção de que trata o item (iv), de acordo com suas atribuições na operação de securitização.

No que diz respeito às informações periódicas, a companhia securitizadora enviará à CVM, por meio do sistema eletrônico disponível na página da CVM na Internet, o seguinte: (i) formulário de referência, nos termos do Suplemento C; (ii) informações cadastrais, nos termos do Suplemento D e da regulamentação que dispõe sobre o cadastro de participantes do mercado de valores mobiliários; (iii) informes mensais das emissões de CRI, nos termos do Suplemento E, em até 30 dias, contados do encerramento do mês a que se referirem; (iv) informes mensais das emissões de CRA, nos termos do Suplemento F, em até 30 dias, contados do encerramento do mês a que se referirem; (v) informes mensais de outros títulos de securitização, nos termos do Suplemento G, em até 30 dias, contados do encerramento do mês a que se referirem; (vi) demonstrações financeiras auditadas da companhia securitizadora, em até três meses do encerramento do exercício social, acompanhadas do relatório da administração e do relatório do auditor independente; (vii) caso existam títulos de securitização em circulação que não contem com a instituição de regime fiduciário, formulário de informações trimestrais da companhia securitizadora, elaboradas conforme previsto na norma que dispõe acerca do registro de emissores de valores mobiliários admitidos à negociação em mercados regulamentados de valores mobiliários; (viii) demonstrações financeiras auditadas de cada patrimônio separado, em até três meses do encerramento do exercício social do patrimônio; e (ix) relatórios elaborados pelo agente fiduciário de acordo com a regulamentação específica, quando aplicável, em até dois dias úteis, após decorrido o prazo de quatro meses do encerramento do exercício social ou no mesmo dia de sua divulgação, o que ocorrer primeiro.

O formulário de referência é documento eletrônico cujo conteúdo reflete o Suplemento C, o qual deve ser entregue anualmente, em até cinco meses contados da data de encerramento do exercício social. A companhia securitizadora atualizará os campos correspondentes do formulário de referência em até cinco dias úteis contados da ocorrência de qualquer dos seguintes fatos: (i) emissão pública de novos títulos de securitização; (ii) incorporação, incorporação de ações, fusão ou cisão envolvendo a companhia securitizadora; e (iii) decretação de falência, recuperação judicial, liquidação judicial ou extrajudicial ou homologação judicial de recuperação extrajudicial da companhia securitizadora. Dentre as informações constantes do formulário de referência, cabe ressaltar as seguintes: (i) histórico da companhia securitizadora, com ênfase na performance das emissões da companhia securitizadora; (ii) recursos humanos e tecnológicos da securitizadora; (iii) informações financeiras; (iv) escopo das atividades; (v) grupo econômico em que se insere a companhia securitizadora; (vi) estrutura operacional e administrativa, que busca trazer informações sobre a diretoria e o organograma da companhia assim como a estrutura das seguintes áreas selecionadas da companhia securitizadora: (a) operações de securitização; (b) compliance; (c), seleção, monitoramento e cobrança de recebíveis, formalização de garantias e formalização de operações de securitização; e (d) distribuição; e (vii) regras, procedimentos e controles internos voltados para a política de contratação e supervisão de prestadores de serviços, os planos de contingência, o cumprimento do disposto na Res.60/2021.

As demonstrações financeiras da companhia securitizadora devem ser elaboradas de acordo com a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que rege as sociedades por ações (Lei 6.404/1976), e auditadas por auditores independentes registrados na CVM. As demonstrações financeiras terão data-base de 31 de março, 30 de junho, 30 de setembro ou 31 de dezembro de cada ano,

A companhia securitizadora deve encaminhar à CVM, na data em que forem colocadas à disposição do público, o que não deve ultrapassar três meses do encerramento do exercício social, as demonstrações financeiras de cada patrimônio separado, que devem ser elaboradas de acordo com a Lei 6.404/1976, e com as normas da CVM, e auditadas por auditores independentes registrados na CVM. Para efeitos da Res. 60/2021, cada patrimônio separado é considerado uma entidade que reporta informações para fins de elaboração de demonstrações financeiras individuais, desde que a companhia securitizadora não tenha que consolidá-lo em suas demonstrações, conforme normas contábeis aplicáveis a sociedades anônimas.

As demonstrações financeiras devem ser comparativas com as do exercício anterior e conter: (i) balanço patrimonial; (ii) demonstração dos resultados; (iii) demonstração dos fluxos de caixa elaborada pelo método direto; e (iv) notas explicativas.

As notas explicativas devem conter, no mínimo: (i) contexto operacional, que incluirá, quando aplicável: (a) data de início da emissão; (b) sumário das operações efetuadas; (c) critérios previstos para a revolvência dos direitos creditórios, se for o caso; (d) forma de utilização de derivativos e os riscos envolvidos; e (e) mecanismos de retenção de risco utilizados na estrutura da securitização, tais como garantias reais ou fidejussórias, subordinação ou coobrigação, assim como, se for o caso, a utilização desses mecanismos durante o exercício; (ii) base de preparação; (iii) descrição das principais práticas contábeis adotadas, incluindo os critérios para a constituição de provisão para perdas por redução no valor de recuperação dos direitos creditórios; (iv) informações detalhadas, observada a relevância, sobre os direitos creditórios, incluindo: (a) descrição dos direitos creditórios adquiridos; (b) valores vencidos e a vencer, por faixa de vencimento, incluindo os montantes a vencer com parcelas vencidas; (c) montante da provisão constituída e a sua movimentação durante o exercício; (d) garantias relacionadas diretamente com os direitos creditórios; (e) procedimentos de cobrança dos direitos creditórios inadimplidos, incluindo a execução de garantias e custos envolvidos; (f) eventos de pré-pagamento ocorridos durante o exercício e o impacto sobre o resultado do patrimônio separado, o pagamento dos valores devidos e a rentabilidade dos investidores; e (g) informações sobre a aquisição substancial ou não dos riscos e benefícios da carteira, incluindo, a metodologia adotada pela companhia securitizadora para a definição dessa avaliação, os valores dos direitos creditórios adquiridos com ou sem retenção substancial de riscos e, para os direitos creditórios adquiridos sem retenção substancial de riscos, a segregação dos valores por entidade que reteve substancialmente os riscos e benefícios; (v) detalhamento do passivo da emissão, incluindo: (a) valores relativos a cada série e às suas respectivas características, tais como prazo, remuneração e cronograma de amortizações; (b)

principais direitos políticos inerentes a cada classe de certificado; e (c) sumário das principais deliberações de investidores reunidos em assembleia especial de investidores durante o exercício; (vi) relação dos principais prestadores de serviços, sua forma de remuneração e as despesas incorridas no exercício; (vii) classificação de risco da emissão, se classificada por agência classificadora de risco; (viii) informação sobre se os auditores independentes prestam outro tipo de serviço, que não o de auditoria, à companhia securitizadora; (ix) eventos subseqüentes relevantes ocorridos após a data de encerramento das demonstrações financeiras e antes de sua emissão; e (x) outras informações que a companhia securitizadora julgue relevantes para o completo entendimento das demonstrações financeiras do patrimônio separado.

A data do encerramento do exercício de cada patrimônio separado, para fins de elaboração das demonstrações financeiras, será 31 de março, 30 de junho, 30 de setembro ou 31 de dezembro de cada ano.

As companhias securitizadoras encaminharão anualmente à CVM, por meio de sistema eletrônico disponível na Internet, em até cinco dias úteis contados de sua disponibilização para o público, demonstrações financeiras auditadas de devedores que possuam, direta ou indiretamente exposição maior do que 20% de cada emissão, salvo se o devedor for: (i) companhia aberta; (ii) instituição financeira ou equiparada; ou (iii) entidade que tenha suas demonstrações financeiras relativas ao exercício social imediatamente anterior à data de emissão do título de securitização elaboradas em conformidade com o disposto na Lei 6.404/1976, e auditadas por auditor independente registrado na CVM. Essas demonstrações financeiras devem ser encaminhadas até a data de vencimento dos títulos de securitização ou até o exercício em que os direitos creditórios deixarem de representar mais de 20% da emissão, o que ocorrer primeiro. Fica dispensado o arquivamento dessas demonstrações financeiras, caso os títulos de securitização: (i) sejam objeto de oferta pública de distribuição que tenha como público-alvo exclusivamente sociedades integrantes do mesmo grupo econômico, e seus respectivos administradores e acionistas controladores, sendo vedada a negociação dos títulos de securitização no mercado secundário; ou (ii) sejam objeto de oferta pública destinada à subscrição exclusivamente por investidores profissionais.

Ainda com relação às informações eventuais, a companhia securitizadora deve enviar à CVM, por meio de sistema eletrônico disponível na Internet, as seguintes informações eventuais referentes a cada emissão ou à companhia, conforme aplicável: (i) edital de convocação da assembleia especial de investidores em até 20 dias antes da data marcada para a realização da assembleia ou no mesmo dia de sua primeira publicação, o que ocorrer primeiro; (ii) sumário das decisões tomadas na assembleia especial de investidores, no mesmo dia da sua realização; (iii) ata da assembleia especial de investidores e assembleia geral da companhia securitizadora, em até sete dias úteis de sua realização, acompanhada das eventuais declarações de voto, dissidência ou protesto; (iv) comunicação sobre ato ou fato relevante referente a cada emissão e à companhia securitizadora; (v) relatórios de agências classificadoras de risco, contratadas para cada emissão ou para a companhia securitizadora, e suas atualizações, se

houver, na data de sua divulgação; (vi) comunicação, pela companhia securitizadora, da alteração do auditor independente nos termos da regulamentação específica; (vii) instrumento de emissão e eventuais aditamentos, em sete dias úteis de sua assinatura; (viii) petição inicial de recuperação judicial, com todos os documentos que a instruem, no mesmo dia do protocolo em juízo; (ix) plano de recuperação judicial, no mesmo dia do protocolo em juízo; (x) sentença denegatória ou concessiva do pedido de recuperação judicial, com a indicação, neste último caso, do administrador judicial nomeado pelo juiz, no mesmo dia de sua ciência pela companhia securitizadora; (xi) pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial, com as demonstrações financeiras levantadas especialmente para instruir o pedido, no mesmo dia do protocolo em juízo; (xii) sentença denegatória ou concessiva da homologação do plano de recuperação extrajudicial, no mesmo dia de sua ciência pela companhia securitizadora; (xiii) pedido de falência, desde que fundado em valor relevante, no mesmo dia de sua ciência pela companhia securitizadora; e (xiv) sentença denegatória ou concessiva do pedido de falência, no mesmo dia de sua ciência pela companhia securitizadora. A companhia securitizadora que entregar a ata da assembleia especial de investidores no mesmo dia de sua realização fica dispensada de entregar o sumário das decisões tomadas na assembleia. Também está dispensada de elaborar o edital de convocação da assembleia especial de investidores, caso tal assembleia tenha participação de todos os investidores. A ata da assembleia especial de investidores deve indicar quantas aprovações, rejeições e abstenções cada deliberação recebeu. A divulgação referida no item (iv) acima abrangerá qualquer ato ou fato relevante ocorrido ou relacionado às emissões, aos ativos que as lastreiam, ou à companhia securitizadora.

Considera-se relevante qualquer deliberação da assembleia de investidores ou da companhia securitizadora, ou qualquer outro ato ou fato de caráter político-administrativo, técnico, negocial ou econômico-financeiro ocorrido ou relacionado às emissões, aos lastros ou à companhia securitizadora que possa influir de modo ponderável: (i) na cotação dos títulos de securitização emitidos ou a eles referenciados; (ii) na decisão dos investidores de comprar, vender ou manter os títulos de securitização emitidos ou a eles referenciados; ou (iii) na decisão dos investidores de exercer quaisquer direitos inerentes à condição de titular dos títulos de securitização emitidos ou a eles referenciados. A companhia securitizadora fica obrigada a divulgar imediatamente o ato ou fato relevante, na hipótese de a informação escapar ao controle ou se ocorrer oscilação atípica na cotação, preço ou quantidade negociada das suas emissões.

A companhia securitizadora registrada na categoria S2 enviará à CVM, além das informações eventuais referentes a cada emissão ou à companhia, conforme aplicável, por meio de sistema eletrônico disponível na Internet, as seguintes informações eventuais adicionais: (i) atas de reuniões do conselho de administração, desde que contenham deliberações destinadas a produzir efeitos perante terceiros, acompanhadas das eventuais manifestações encaminhadas pelos conselheiros, em até sete dias úteis contados de sua realização; e (ii) estatuto social consolidado, em até sete dias úteis contados da data da assembleia geral de acionistas que deliberou a alteração de estatuto.

Em complemento ao disposto na Res.60/2021, aplicam-se às companhias securitizadoras em recuperação extrajudicial, em recuperação judicial, em falência ou em liquidação, as disposições específicas sobre a matéria estabelecidas na regulamentação que dispõe sobre o registro de emissores de valores mobiliários admitidos à negociação em mercados regulamentados.

O administrador ou gestor judicial, interventor, liquidante ou figura semelhante da companhia securitizadora em situação especial fica obrigado a dar cumprimento ao disposto na Res. 60/2021.

Na hipótese de decretação de falência, recuperação judicial ou extrajudicial ou liquidação da companhia securitizadora, cabe ao agente fiduciário assumir imediatamente a custódia e a administração do patrimônio separado e, em até 15 dias, convocar assembleia especial de investidores para deliberar sobre a substituição da companhia securitizadora ou a liquidação do patrimônio separado.

A companhia securitizadora manterá, pelo prazo mínimo de cinco anos, ou por prazo superior por determinação expressa da CVM, todos os documentos e informações exigidos pela Res. 60/2021, bem como toda a correspondência, interna e externa, todos os papéis de trabalho, relatórios e pareceres relacionados com o exercício de suas funções. As imagens digitalizadas são admitidas em substituição aos documentos originais, desde que o processo seja realizado de acordo com a lei que dispõe sobre elaboração e o arquivamento de documentos públicos e privados em meios eletromagnéticos, e com o decreto que estabelece a técnica e os requisitos para a digitalização desses documentos. O documento de origem pode ser descartado após sua digitalização, exceto se apresentar danos materiais que prejudiquem sua legibilidade.

NORMAS ESPECÍFICAS SOBRE CRI

O Anexo Normativo I à Res. 60/2021 dispõe sobre a emissão e distribuição pública de CRI.

Os créditos imobiliários que lastreiam a emissão de CRI devem possuir um limite de concentração de 20% por devedor ou coobrigado. Esse percentual poderá ser excedido quando o devedor ou coobrigado: (i) tenha registro de companhia aberta; (ii) seja instituição financeira ou equiparada; ou (iii) seja entidade que tenha suas demonstrações financeiras relativas ao exercício social imediatamente anterior à data de emissão do CRI elaboradas em conformidade com o disposto na Lei nº 6.404/1976, e auditadas por auditor independente registrado na CVM. Equiparam-se ao devedor ou coobrigado o seu acionista controlador, as sociedades por eles direta ou indiretamente controladas, suas coligadas e sociedades sob controle comum.

Conforme mencionado anteriormente, a regulamentação aplicável não admite revolvência nas operações de securitização de CRI.

A emissão de CRI destinada ao público em geral somente é permitida para CRI lastreados em créditos sobre os quais tenha sido instituído o regime fiduciário previsto no art. 9º da Lei nº 9.514/1997, originados: (i) de imóveis com “habite-se”, ou documento equivalente, concedido pelo órgão administrativo

competente; ou (ii) da aquisição ou da promessa de aquisição de unidades imobiliárias vinculadas a incorporações objeto de financiamento, desde que integrantes de patrimônio de afetação. Caso os créditos sejam considerados imobiliários pela sua destinação, a SSE poderá dispensar o cumprimento dos requisitos dispostos nos itens (i) e (ii), desde que a operação de securitização conte com as seguintes características: (a) o lastro dos CRI seja constituído por créditos imobiliários que são devidos independentemente de qualquer evento futuro; (b) o emissor dos ativos que constituem o lastro dos CRI seja companhia aberta atuante no setor imobiliário, nos termos de seu estatuto social; (c) seja instituído regime fiduciário sobre os créditos imobiliários que constituem o lastro dos CRI; (d) o agente fiduciário fique responsável por verificar a destinação dos recursos captados a imóveis, de modo a configurar o vínculo para permitir a identificação do devedor e o valor nominal de cada crédito que lastreie a emissão, com a individualização do imóvel a que esteja vinculado e a indicação do Cartório de Registro de Imóveis em que esteja registrado e respectiva matrícula, bem como a indicação do ato pelo qual o crédito foi cedido, conforme previsto no inciso I do art. 8º da Lei nº 9.514/1997; e (e) nos documentos da oferta pública de distribuição de CRI esteja previsto que os recursos captados serão efetivamente destinados a imóveis até a liquidação dos CRI.

O patrimônio de afetação é regido pelos arts. 31-A e 31-B da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias, incluídas pela Lei 10.931/2004.

Nos termos do art. 31-A, a critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime de afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes. O patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva. O incorporador responde pelos prejuízos que causar ao patrimônio de afetação. Os bens e direitos integrantes do patrimônio de afetação somente poderão ser objeto de garantia real em operação de crédito cujo produto seja integralmente destinado à consecução da edificação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes. No caso de cessão, plena ou fiduciária, de direitos creditórios oriundos da comercialização das unidades imobiliárias componentes da incorporação, o produto da cessão também passará a integrar o patrimônio de afetação. As quotas de construção correspondentes a acessões vinculadas a frações ideais serão pagas pelo incorporador até que a responsabilidade pela sua construção tenha sido assumida por terceiros. Os recursos financeiros integrantes do patrimônio de afetação serão utilizados para pagamento ou reembolso das despesas inerentes à incorporação. O reembolso do preço de aquisição do terreno somente poderá ser feito quando da alienação das unidades autônomas, na proporção

das respectivas frações ideais, considerando-se tão-somente os valores efetivamente recebidos pela alienação.

Excluem-se do patrimônio de afetação: (i) os recursos financeiros que excederem a importância necessária à conclusão da obra, considerando-se os valores a receber até sua conclusão e, bem assim, os recursos necessários à quitação de financiamento para a construção, se houver; e (ii) o valor referente ao preço de alienação da fração ideal de terreno de cada unidade vendida, no caso de incorporação em que a construção seja contratada sob o regime por empreitada ou por administração.

No caso de conjuntos de edificações, poderão ser constituídos patrimônios de afetação separados, tantos quantos forem os: (i) subconjuntos de casas para as quais esteja prevista a mesma data de conclusão; e (ii) edifícios de dois ou mais pavimentos. A constituição de patrimônios de afetação separados deverá estar declarada no memorial de incorporação

Nas incorporações objeto de financiamento, a comercialização das unidades deverá contar com a anuência da instituição financiadora ou deverá ser a ela cientificada, conforme vier a ser estabelecido no contrato de financiamento. A contratação de financiamento e constituição de garantias, inclusive mediante transmissão, para o credor, da propriedade fiduciária sobre as unidades imobiliárias integrantes da incorporação, bem como a cessão, plena ou fiduciária, de direitos creditórios decorrentes da comercialização dessas unidades, não implicam a transferência para o credor de nenhuma das obrigações ou responsabilidades do cedente, do incorporador ou do construtor, permanecendo estes como únicos responsáveis pelas obrigações e pelos deveres que lhes são imputáveis.

De acordo com as disposições do art. 31-B, considera-se constituído o patrimônio de afetação mediante averbação, a qualquer tempo, no Registro de Imóveis, de termo firmado pelo incorporador e, quando for o caso, também pelos titulares de direitos reais de aquisição sobre o terreno. A averbação não será obstada pela existência de ônus reais que tenham sido constituídos sobre o imóvel objeto da incorporação para garantia do pagamento do preço de sua aquisição ou do cumprimento de obrigação de construir o empreendimento.

Nas emissões destinadas exclusivamente a investidores qualificados de CRI com lastro em créditos referentes a imóveis com “habite-se”, ou documento equivalente, concedido pelo órgão administrativo competente, a certidão de averbação ou registro do termo de securitização pode ser encaminhada à CVM, em até 90 dias após o início da distribuição dos CRI. Nessa hipótese, a integralização dos CRI está condicionada, alternativamente, ao seguinte: (i) constituição, em favor dos titulares dos CRI, de garantias reais ou fidejussórias de valor, no mínimo, equivalente ao valor de resgate pelo valor unitário atualizado, registradas junto a instituição autorizada pela CVM à prestação de serviços de liquidação e custódia, vigorando tais garantias, no mínimo, até a averbação ou o registro, conforme o caso, do termo de securitização; ou (ii) permanência em conta vinculada ou arranjo que produza efeitos semelhantes, até averbação ou registro do termo de securitização, dos recursos captados pela emissão, sendo tal conta administrada pela emissora em conjunto com

a instituição intermediária líder da distribuição ou com o agente fiduciário, ou, ainda, com instituição financeira especialmente contratada para tal fim, devendo a conta vinculada ser discriminada, e os recursos nela depositados aplicados a taxas compatíveis com o valor de resgate. A averbação ou o registro do termo de securitização será comunicada pela companhia securitizadora ou pelo agente fiduciário, no prazo máximo de um dia útil, à CVM e à entidade administradora de mercado regulamentado em que o CRI seja admitido à negociação, e, ainda, à câmara de compensação e liquidação. O registro de oferta pública de distribuição da emissão será cancelado se a companhia securitizadora não proceder à averbação ou ao registro, conforme o caso, do termo de securitização, ou não fizer a comunicação aqui prevista.

Pode ser concedido registro provisório para a oferta pública de distribuição de CRI destinada exclusivamente a investidores qualificados, mediante apresentação à CVM, por parte de entidade administradora de mercado regulamentado, a pedido da companhia securitizadora, do formulário constante do Suplemento H, devidamente preenchido. Esse registro provisório será automaticamente cancelado, independentemente de notificação pela CVM, se o registro definitivo da oferta pública de distribuição não for requerido até o trigésimo dia do mês subsequente ao da concessão do registro provisório.

O pedido de registro definitivo de oferta pública de distribuição será apresentado à CVM pela instituição líder da distribuição, ou pela companhia securitizadora, caso seja dispensada a intermediação da oferta, mediante formulário elaborado em conformidade com o Suplemento A, além das informações constantes do Suplemento H. Caso a distribuição de CRI esteja dispensada de obtenção de registro na CVM, compete à instituição líder ou, caso atue na distribuição, à companhia securitizadora, a adoção das condutas previstas na regulamentação específica sobre a matéria.

O cancelamento do registro provisório e o indeferimento do pedido de registro definitivo pela CVM acarretam a suspensão da negociação dos CRI e a necessidade de seu resgate imediato pela companhia securitizadora, pelo valor unitário atualizado, independentemente da anuência dos detentores dos CRI. O cancelamento e indeferimento aqui previstos serão comunicados pela CVM às entidades administradora de mercado regulamentado de valores mobiliários e prestadoras de serviços de liquidação e custódia, para que procedam ao bloqueio da negociação dos CRI. A companhia securitizadora informará à CVM as condições em que se procedeu o resgate dentro de três dias úteis, contados da data do indeferimento do registro ou de seu cancelamento.

NORMAS ESPECÍFICAS SOBRE CRA

O Anexo Normativo II à Res. 60/2021 dispõe sobre a emissão e distribuição pública de CRA.

O CRA será vinculado a direitos creditórios originários de negócios realizados entre produtores rurais, ou suas cooperativas, e terceiros, inclusive financiamentos ou empréstimos, relacionados com a produção, a comercialização,

o beneficiamento ou a industrialização de: (i) produtos agropecuários; (ii) insumos agropecuários; ou (iii) máquinas e implementos utilizados na atividade agropecuária. Por comercialização dos produtos agropecuários referidos no item (i), entende-se a atividade de compra, venda, exportação, intermediação, armazenagem e transporte de produtos in natura. O produto agropecuário in natura é aquele em estado natural, de origem animal ou vegetal, que não sofre processo de beneficiamento ou industrialização, exceto se: (a) o beneficiamento se caracterizar como a primeira modificação ou preparo do produto, pelo próprio produtor rural, sem lhe retirar a característica original tais como, por exemplo, os processos de lavagem, limpeza, descaroçamento, pilagem, descascamento, debulhação, secagem, socagem e lenhamento; ou (b) a industrialização for considerada como rudimentar, ou seja, caracterizada pela transformação do produto pelo produtor rural, com a alteração das características originais, tais como a pasteurização, o resfriamento, a fermentação, a embalagem, o carvoejamento, o cozimento, a destilação, a moagem, a torrefação, a cristalização ou a fundição, dentre outros.

Equipara-se ao produto agropecuário in natura os subprodutos ou resíduos que, mediante o beneficiamento ou industrialização rudimentar, surgem sob nova forma, tais como a casca, o farelo, a palha, o pelo e o caroço, dentre outros. Os direitos creditórios do agronegócio acima referidos devem ser constituídos por: (i) direitos creditórios que tenham como devedores ou credores originais pessoas físicas ou jurídicas caracterizadas como produtores rurais ou suas cooperativas, independente da destinação dos recursos a ser dada pelo devedor ou pelo cedente; (ii) títulos de dívida emitidos pelos terceiros acima referidos, vinculados a uma relação comercial existente entre o terceiro e produtores rurais ou suas cooperativas; ou (iii) títulos de dívida emitidos por produtores rurais, ou suas cooperativas.

Também são aceitos como lastro de CRA os direitos creditórios de negócios realizados entre distribuidores e terceiros, desde que estejam explicitamente vinculados, por meio de instrumentos contratuais ou de títulos de crédito, a vendas do distribuidor aos produtores rurais, cabendo à companhia securitizadora comprová-los anteriormente à emissão do CRA.

Os direitos creditórios podem ser subscritos diretamente pela companhia securitizadora, sem a necessidade de cessão por terceiros. Os recursos recebidos por terceiros com a emissão da dívida utilizada como lastro de CRA devem ser destinados a produtores rurais, para fins de comprovação da vinculação. A destinação dos recursos será comprovada por meio de contrato ou outro documento vigente entre o terceiro e o produtor rural, em montantes e prazos compatíveis com os da emissão do certificado, e verificada semestralmente pelo agente fiduciário.

Na hipótese de títulos de dívida de emissão do produtor rural, os recursos captados na emissão devem ser destinados especificamente às atividades de produção, comercialização, beneficiamento e industrialização.

As emissões públicas de CRA devem: (i) contar com a instituição do regime fiduciário sobre o lastro e constituição de correspondente patrimônio separado; (ii) ter o lastro constituído por direitos creditórios do agronegócio, cuja

liquidação se dê exclusivamente na forma financeira; e (iii) possuir devedores ou coobrigados que possuam, direta ou indiretamente, exposição máxima equivalente a 20% do valor da emissão, salvo se o devedor ou coobrigado for: (a) companhia aberta; (b) instituição financeira ou equiparada; ou (c) entidade que tenha suas demonstrações financeiras relativas ao exercício social imediatamente anterior à data de emissão do CRA elaboradas em conformidade com o disposto na Lei 6.404/1976, e auditadas por auditor independente registrado na CVM. Caso a emissão seja exclusivamente destinada a investidores profissionais, fica dispensado o cumprimento das exigências acima mencionadas. Equiparam-se ao devedor ou coobrigado o seu acionista controlador, as sociedades por eles direta ou indiretamente controladas, suas coligadas e sociedades sob controle comum.

As situações em que é permitida a revolvência já foram anteriormente analisadas neste artigo.

O pedido de registro de oferta pública de distribuição será apresentado à CVM pela instituição líder da distribuição, ou, caso seja dispensada a intermediação da oferta, pela companhia securitizadora, mediante formulário elaborado em conformidade com o Suplemento J anexa à Res. 60/2021. Caso a distribuição de CRA esteja dispensada de obtenção de registro na CVM, compete à instituição líder ou, caso atue na distribuição, à companhia securitizadora, a adoção das condutas previstas na regulamentação específica sobre a matéria.

Os CRA ofertados a investidores que não sejam considerados qualificados devem cumulativamente: (i) contar com retenção substancial de riscos e benefícios do cedente ou de terceiros, conforme definição disposta nas normas contábeis emitidas pela CVM para as companhias abertas, salvo se o CRA estiver vinculado à dívida de responsabilidade de um único devedor ou devedores sob controle comum; (ii) ser constituídos por créditos considerados como performados no momento da cessão ou subscrição pela companhia securitizadora; (iii) possuir devedores ou coobrigados com exposição máxima de 20% (vinte por cento) do valor da emissão, salvo se o devedor ou coobrigado for: (a) companhia aberta; ou (b) instituição financeira ou equiparada; e (iv) ser constituídos por direitos creditórios cedidos por um único cedente ou cedentes sob controle comum. A retenção de riscos referida no item (i) pode ocorrer, dentre outros, por meio da emissão, para o cedente ou terceiros, de certificados de classe subordinada ou, ainda, da assunção de coobrigação ou contratação de seguro. Créditos performados são aqueles em que o produto objeto da compra ou venda já tenha sido entregue ou em que a prestação de serviço já tenha ocorrido. Equiparam-se aos créditos performados os títulos de dívidas vinculados à emissão, desde que os pagamentos devidos não estejam condicionados a qualquer evento futuro. Equiparam-se ao devedor ou coobrigado o seu acionista controlador, as sociedades por eles direta ou indiretamente controladas, suas coligadas e sociedades sob controle comum. Somente os certificados que atendam a esses requisitos na data de registro da oferta podem ser adquiridos em mercados regulamentados de valores mobiliários por investidores considerados não qualificados. Nos casos em que houver o

cumprimento da obrigação de retenção de risco por meio de coobrigação do cedente, nos termos do item (i) acima, não se aplica o limite de exposição por coobrigado de 20% do valor da emissão.

CATEGORIAS DE INVESTIDORES

O significado das expressões “investidor profissional” e “investidor qualificado”, que foram utilizadas anteriormente neste artigo, estão atualmente definidas na Resolução CVM nº 30, de 11 de maio de 2021 (Res. 30/2021), que regulamenta o dever de verificação da adequação dos produtos, serviços e operações ao perfil do cliente.

Nos termos do art. 11 da Res. 30/2021, são considerados investidores profissionais: (i) instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Bacen; (ii) companhias seguradoras e sociedades de capitalização; (iii) entidades abertas e fechadas de previdência complementar; (iv) pessoas físicas⁷ ou jurídicas que possuam investimentos financeiros em valor superior a R\$ 10 milhões e que, adicionalmente, atestem por escrito sua condição de investidor profissional mediante termo próprio, de acordo com o Anexo A à Res. 30/2021; (v) fundos de investimento; (vi) clubes de investimento, desde que tenham a carteira gerida por administrador de carteira de valores mobiliários autorizado pela CVM; (vii) agentes autônomos de investimento, administradores de carteira de valores mobiliários, analistas de valores mobiliários e consultores de valores mobiliários autorizados pela CVM, em relação a seus recursos próprios; e (viii) investidores não residentes.

Consoante as disposições do art. 12 da Res. 30/2021, são considerados investidores qualificados: (i) investidores profissionais; (ii) pessoas físicas ou jurídicas que possuam investimentos financeiros em valor superior a R\$ 1 milhão e que, adicionalmente, atestem por escrito sua condição de investidor qualificado mediante termo próprio, de acordo com o Anexo B à Res. 30/2021; (iii) as pessoas físicas que tenham sido aprovadas em exames de qualificação técnica ou possuam certificações aprovadas pela CVM como requisitos para o registro de agentes autônomos de investimento, administradores de carteira de valores mobiliários, analistas de valores mobiliários e consultores de valores mobiliários, em relação a seus recursos próprios; e (iv) clubes de investimento, desde que tenham a carteira gerida por um ou mais cotistas, que sejam investidores qualificados.

O art. 13 da Res. 30/2021, por sua vez, determina que os regimes próprios de previdência social instituídos pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou por Municípios são considerados investidores profissionais ou investidores qualificados apenas se reconhecidos como tais conforme regulamentação específica do órgão de governo competente na esfera federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos concluir que as companhias securitizadoras registradas na CVM agora conta com um marco regulatório mais adequado às atividades por ela

exercidas. A Res. 60/2021 consolida em uma norma única as regras que passaram a reger indústria da securitização, fortalecendo a participação do mercado de capitais no financiamento do crédito nacional. 

NOTAS

- 1 A Res. 60/2021 não afasta a aplicação de outras normas às emissões, realizadas pelas companhias securitizadoras, de valores mobiliários que não configurem operações de securitização.
- 2 A IOSCO, cujo nome em inglês é International Organization of Securities Commissions, é uma organização internacional de reguladores de valores mobiliários. Fundada em 1983, conta atualmente com cerca de 200 membros (autoridades de supervisão e outros participantes no mercado, como sejam bolsas de valores e organismos financeiros e regionais internacionais), dividindo-se entre membros ordinários, associados e afiliados. São objetivos da IOSCO: (a) A cooperação no desenvolvimento e promoção da adesão a padrões internacionais de regulação, de supervisão e de enforcement, visando a proteção dos investidores e assegurar o funcionamento eficiente e adequado dos mercados, bem como a mitigação de risco sistêmico; (b) O reforço da proteção, e promoção da confiança dos investidores na integridade dos mercados através do reforço da troca de informações no âmbito do enforcement em relação a infrações e no âmbito da supervisão dos mercados e dos intermediários financeiros; (c) A troca de informações aos níveis global e regional, a fim de fomentar o desenvolvimento dos mercados, de reforçar as infraestruturas de mercado e da adequada implementação de regulação. Os objetivos e princípios da IOSCO são o principal instrumento de desenvolvimento e de implementação de padrões internacionais de regulação, de supervisão e de enforcement, internacionalmente reconhecidos como os princípios e orientações a aplicar, ao nível das autoridades.
- 3 Esta configuração evita que se exija dois registros distintos (S1 e S2) das companhias securitizadoras que queiram emitir com e sem o regime fiduciário, permitindo uma estrutura de um registro mais amplo (S2) e outro mais restrito (S1).
- 4 A Lei nº 12.810/2013 dispõe sobre o parcelamento de débitos com a Fazenda Nacional relativos às contribuições previdenciárias de responsabilidade dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; altera as Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, 9.715, de 25 de novembro de 1998, 11.828, de 20 de novembro de 2008, 10.522, de 19 de julho de 2002, 10.222, de 9 de maio de 2001, 12.249, de 11 de junho de 2010, 11.110, de 25 de abril de 2005, 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 6.385, de 7 de dezembro de 1976, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e 9.514, de 20 de novembro de 1997; e revoga dispositivo da Lei nº 12.703, de 7 de agosto de 2012.
- 5 Os títulos de securitização de classes subordinadas mezanino subordinam-se nos resgates e amortizações aos títulos seniores. Mezanino é uma palavra adaptada do italiano “mezzanino”, que em arquitetura, significa um pavimento localizado entre o andar térreo e o primeiro andar de um edifício, em que o acesso se faz por uma escada localizada no térreo ou pelo elevador, sendo uma área muitas vezes usada como salão de festas, de jogs etc.
- 6 A sobrecolateralização (OC) é o excesso de garantia, ou seja, a prestação de uma garantia que vale mais do que o suficiente para cobrir perdas potenciais em casos de inadimplência. Pode ser usada por empresas que emitem títulos, oferecendo um imóvel ou equipamento no valor de 10% ou 20% (por exemplo) a mais do que o valor da emissão. Um emissor de títulos garantidos por ativos pode usar colateralização excessiva para reduzir o risco para os investidores potenciais, melhorando sua classificação de crédito.
- 7 A Res. 30/2021 usa a expressão “pessoas naturais” ao invés de pessoas físicas.



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



POR FRANCISCO GOMES JÚNIOR

ARQUIVO PESSOAL

Em ano eleitoral, debate sobre segurança da urna eletrônica ganha força

“Como todos queremos eleições sempre transparentes e seguras, o debate sério sempre deve ser estimulado e oportunidades de melhorias implementadas, assim a democracia se fortalece.”

Estamos em ano eleitoral e, novamente, diante da polêmica quanto à segurança das urnas eletrônicas. Por isso, é fundamental conhecer seus componentes, seu funcionamento e um pouco de sua história.

Vale ressaltar que este texto não tem caráter político e não pretende defender nenhum posicionamento. O objetivo é tão somente o de informar e explicar aspectos técnicos de um aparelho eletrônico.

A urna eletrônica foi desenvolvida em 1996 pelas empresas Unisys, Omnitech e Microbase. Foram utilizadas, pela primeira vez, nas eleições de 1997 e

de lá para cá foi alvo de questionamentos e elogios. Em 2009, em uma reforma eleitoral, foi promulgada pela Presidência da República a Lei nº 12.034/2009 que previa que a partir de 2014 a votação se daria pela urna eletrônica, porém com a impressão do voto. No entanto, em 2011, o Congresso Nacional derrubou tal lei e, desde então, não mais se aprovou ter-se uma impressora acoplada à urna eletrônica.

Mas, afinal, o que é a urna eletrônica? É um microcomputador DRE (direct recording electronic) com memória flash, módulo impressor de zerézima (boletim emitido antes da votação que comprova que a urna está vazia) e de boletim de urna (emitido após a votação). É uma forma de votação digital que se opõe a métodos “analógicos” como o voto em papel.

No ano passado, foi apresentada e votada uma PEC (Proposta de Emenda à Constituição) que previa a impressão do voto em urna apartada a partir das eleições deste ano. A proposta foi rejeitada e arquivada, podendo ser apresentada novamente somente na próxima legislatura. Portanto, neste ano, as eleições serão realizadas como nas últimas décadas, com a urna eletrônica sem impressora de votos e com questionamentos quanto à sua segurança por alguns setores da sociedade. A urna é composta de uma placa mãe com duas memórias (uma fixa e outra removível) com um hardware de segurança que gerencia a criptografia e as assinaturas digitais, o que garante que somente softwares do TSE rodem nela. A memória de resultados registra os votos e permite que sejam depositados em um pen drive, mas também há a memória flash que garante a redundância dos dados caso a memória principal seja danificada. A urna é segura e não há notícia até hoje de que tentativas de invasão tenham sido bem-sucedidas.

De fato, o TSE (Tribunal Superior Eleitoral) divulgou que foi finalizado, no dia 13 de maio, o Teste Público de Segurança do Sistema Eletrônico de Votação (TPS). Foram realizados inúmeros ataques às urnas e não houve êxito que compromettesse a violação da integridade ou o sigilo dos votos em uma eleição. Participaram do teste 26 investigadores cibernéticos, todos especialistas em Tecnologia e Segurança da Informação.

O estudo da segurança das urnas é um tema técnico e não opinativo. Opiniões são proferidas em ambiente político, mas não se confundem com a questão técnica. Se são realizados testes de verificação de comportamento do parâmetro de urna (criptografia), de keylogger não intrusivo, de extração de dados e configurações de JE Connect, se segurança do Firefox entre outros, não se pode desconsiderar os resultados.

Até hoje não há ataque bem-sucedido contra a urnas eletrônicas. Já houve invasão ao site do TSE, o que pode ocorrer a qualquer site conectado à internet, o que não é o caso das urnas. De qualquer forma, como todos queremos eleições sempre transparentes e seguras, o debate sério sempre deve ser estimulado e oportunidades de melhorias implementadas, assim a democracia se fortalece. #

A obesidade e a cirurgia bariátrica



POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

“Todo indivíduo tem direito a um conjunto de serviços na área da saúde, desde que obedeça rigorosamente a regulamentação estatal.”

É sempre interessante acompanhar o desenvolvimento da tecnologia voltada para a área médica e farmacêutica porque a cada instante ocorre uma nova intervenção na humanidade, sempre com a finalidade de encontrar soluções para minimizar os problemas relacionados com a saúde humana, quer seja para extirpá-los definitivamente quer para administrá-los diante de um patamar que confira razoável estado de saúde. É o que acontece com a obesidade que vem sendo alvo de atenção crescente em muitas pesquisas científicas.

Estudos da Organização Mundial de Saúde, que elegeu a obesidade como a doença do século XXI, revelam que 30% da população mundial sofre com sobrepeso e obesidade e que um adolescente nestas condições tem mais de 70% de chance de se tornar um adulto obeso. E esse mesmo órgão, que definiu o anorético como o portador do IMC igual ou inferior a 18, classificou o obeso como o portador do IMC igual ou maior a 30. Para se chegar ao peso permitido, basta tomar a altura e multiplicar por ela mesma. Em seguida, divide o peso pelo resultado da primeira operação.

Da mesma forma que a anorexia, o excesso de peso provoca problemas graves para a saúde, pois, a exemplo do que acontece nos EUA, país que lidera o *ranking* do tecido adiposo, os jovens brasileiros se alimentam de produtos ricos em gordura e carboidrato, que ficam alojados no organismo. O crescimento desordenado da população obesa atinge graus de morbidade e passa a ser um problema de saúde pública, que deve acudir as doenças decorrentes da obesidade mórbida, tais como: cardiovasculares, diabetes, câncer, hepatite, apneia do sono, estresse e outras.

Além do que a obesidade provoca muitas vezes atitudes constrangedoras e até mesmo vexatórias, pois é sabido que o homem em sua mutabilidade constante e premido sempre por novos conceitos, que nem sempre acompanham a ética e moral convencionais, procura apontar moínhos que venham obstaculizar sua passagem e se apresentam como inimigos de seus objetivos e, portanto, devem ser combatidos. É o caso do preconceito à obesidade.

Todo indivíduo sabe que o controle do peso é um fator importante para gozar de boa saúde. Sandel já definiu com precisão, do ponto de vista utilitarista, que “a saúde não é um bem humano distintivo, e sim apenas um meio de maximizar nossa felicidade e nosso bem-estar.”¹ Não se trata da imposição de um padrão de beleza exigido pelas regras do mercado e da moda e sim de estabelecer as metas de um bem-estar físico e mental.

Nesta linha de raciocínio, o Estado deve se fazer presente, na esfera de seus objetivos sociais, para construir políticas públicas específicas como desenvolver programas de proteção da saúde do cidadão, orientando-o a conter o ganho e o controle de seu peso, com medidas claras de nutrição saudável e balanceada, além de possibilitar com maior frequência o acesso à cirurgia bariátrica nos casos de obesidade grave, mais conhecida como

reduzora de estômago. Combate-se o mal sobre a causa e não sobre o efeito. Assim, todo indivíduo tem direito a um conjunto de serviços na área da saúde, desde que obedeça rigorosamente a regulamentação estatal.

E a boa notícia, revestida da melhor roupagem ética e bioética, é que um medicamento (tirzepatide), ainda em fase experimental nos Estados Unidos, permite uma redução da obesidade quase nos mesmos moldes obtidos pela cirurgia bariátrica.² Nos estudos até o presente realizados pela empresa Eli Lilly, ainda não publicados em revista científica, foi possível constatar que o obeso, não aquele qualificado para a cirurgia bariátrica indicada para pessoas com IMC acima de 40, tem condições de perder 22.5 kg de seu peso corporal.

Trata-se de uma meta revolucionária no tratamento da obesidade, cujo paciente deverá fazer uso do medicamento por toda a vida, levando-se em consideração a condição crônica da doença. Se o medicamento for aprovado pela FDA (Food and Drug Administration), agência reguladora de alimentos e medicamentos dos Estados Unidos, poderá ser colocado no mercado em breve.

O destaque que se dá é a respeito da seriedade dos estudos e, principalmente, dos benefícios já constatados para a saúde humana, encontrando respaldo bioético no princípio da beneficência. Referido princípio compreende a realização de toda conduta voltada para buscar dividendos de saúde, com a mínima chance de danos, além de envidar todos os esforços para potencializar os benefícios e restringir ao máximo a eventualidade de prejuízo. Enfim, procura buscar um equilíbrio entre a inovação científica e as mais recomendadas soluções para o bem-estar da pessoa, destinatória única da fruição dos melhores benefícios.

Aguardam-se, portanto, os próximos passos e o valor que o medicamento será introduzido no mercado. Até por que, em razão dos investimentos que foram projetados na pesquisa, ao que tudo indica, o preço não será acessível à comunidade que mais necessita. Daí, em razão do princípio da isonomia ou da justiça distributiva, caberá ao interessado buscar o acesso judicial aos cuidados de saúde acionando o Estado para patrocinar a aquisição. ✍

NOTAS

- 1 Sandel, Michael J. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Tradução Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021, p. 61.
- 2 <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrio/2022/05/medicamento-contra-obesidade-promete-resultado-proximo-ao-da-bariatrica.shtml>



ARQUIVO PESSOAL

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

OS PRIMEIROS PASSOS

Naturalmente, é de se esperar que, dentro de um cenário em que a transformação digital começa a apresentar sua relevância para o mercado como um todo – incluindo negócios de pequeno porte –, é esperada que essa jornada também avance para o dia a dia de advogados e demais profissionais do Direito, mesmo se tratando de uma área que, de fato, lida com questões que, em diferentes cenários, apresentam caráter interpretativo e que dependem do olhar humano. É nesse contexto, por exemplo, que começam a ganhar força no mercado as *lawtechs* e *legaltechs*, *startups* e empresas de base tecnológica que oferecem soluções para potencializar o setor jurídico.

Como comentado acima, as eras de inovação anteriores vieram para preparar o terreno, apresentar soluções que, hoje, já estão mais presentes na realidade de escritórios, aumentando a produtividade de profissionais, trazendo eficiência aos processos, auxiliando na gestão de contenciosos e buscando, em essência, tornar o universo do Direito mais ágil.

A importância da digitalização, no entanto, envolve também uma transformação cultural, de maneira que a utilização de recursos tecnológicos possa se tornar algo recorrente e familiar para os profissionais. Assim, a partir de uma evolução das práticas suportadas pela inovação, poder-se-á alcançar um nível de maturidade tecnológica mais denso e efetivo.

A CHEGADA DO 4.0 E O PAPEL DOS ADVOGADOS

Ao contrário de previsões apocalípticas feitas em um passado recente e de maneira global, as inovações e ferramentas tecnológicas – ou mesmo a robotização – não vieram para roubar o trabalho dos humanos. Atualmente, *softwares* jurídicos, soluções de análise de dados, Inteligência Artificial e *machine learning* apoiam os profissionais do Direito que, por sua vez, podem direcionar seus esforços para atividades mais estratégicas, analíticas e interpretativas.

Livre de tarefas mais burocráticas e operacionais – agora a cargo das funcionalidades oferecidas por ferramentas ágeis –, o advogado ganha protagonismo ao se concentrar em rotinas que valorizam seu trabalho intelectual e poder de tomada de decisão.

Existe, sem dúvidas, um espaço ainda relevante e um conseqüente mundo de oportunidades para a aplicação de inovações tecnológicas no Direito. Aos atores dessa área – advogados, escritórios, acadêmicos, pesquisadores e outras instituições – cabe fomentar a discussão, de maneira que os conceitos e práticas relacionadas ao Direito 4.0 se tornem cada vez mais difundidos no meio jurídico, otimizando processos que, durante muito tempo, seguiram à risca a forma tradicional de se trabalhar. Com o advento dessa mentalidade e uma visão aberta sobre a inovação, por fim, toda a área tem a ganhar no processo de construção de seu amanhã. 

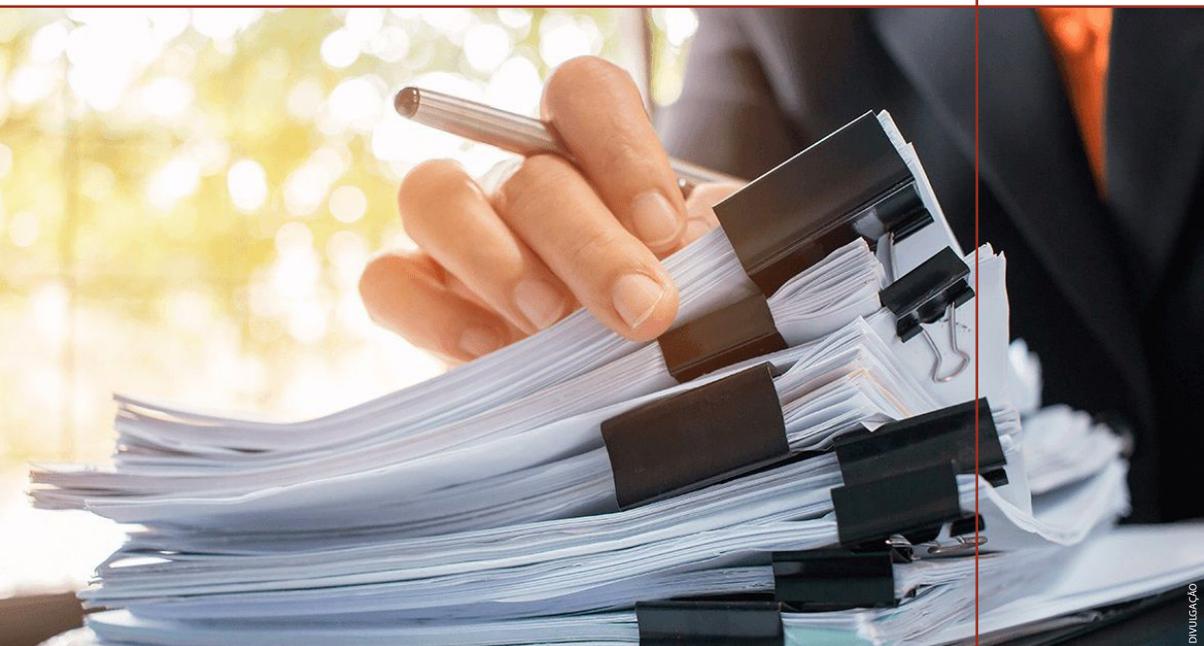


REINALDO NAGAO é Advogado com especialização em Direito Tributário.

A independência da Lei Anticorrupção em face da Lei de Improbidade depois da reforma promovida pela Lei nº 14.230/2021

POR RENEE DO Ó SOUZA E ROGÉRIO SANCHES CUNHA

“Essas disposições compensatórias desafiam questões relevantes de ordem prática principalmente por causa da diferença de tempo na investigação e processamento destes ilícitos, situação que deverá ser analisada caso a caso.”



A Lei Anticorrupção ressalvou no art. 30 a sua total independência normativa frente a outras leis que protegem a probidade administrativa. A pretensão dessa norma é admitir a cumulação de sanções previstas nas Leis nºs 8.429/1992 (improbidade administrativa), 8.666/1993 (licitações e contratos) e 12.462/2011 (RDC), caso o ato praticado configure ilícito em qualquer um desses diplomas legais.

Esse regime de independência permite que uma pessoa jurídica seja responsabilizada simultaneamente por diferentes sistemas sancionatórios, como acontece no caso de uma fraude à licitação que pode caracterizar infração simultânea ao art. 5º, IV, da Lei nº 12.846/2013 e ao art. 10, VIII, da Lei nº 8.429/1992, sem falar no crime do art. 337-F do Código Penal, imputável, naturalmente, às pessoas físicas envolvidas no ato.

A autonomia da Lei Anticorrupção se assenta em seus distintos elementos estruturais e, fundamentalmente, na liberdade política do legislador em editar diferentes leis voltadas a proteção de determinados bens jurídicos. A sobreposição normativa é legitimada também pelo incremento protetivo do direito fundamental a probidade administrativa, pelo que não há propriamente um conflito de normas nesses casos. No mesmo sentido, entende Modesto Carvalhosa.¹

A diferença de tratamento existente nessas leis é suficiente para refutar, a nosso ver, alegação de violação ao princípio do *ne bis in idem*, segundo o qual, ninguém pode, pelo mesmo fato, ser processado duas vezes, incorporado ao ordenamento brasileiro por meio da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica, inserido no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 678/1992), que assim dispõe no art. 8, nº 4: “O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

Ora, a Lei Anticorrupção Empresarial, a Lei de Improbidade Administrativa e as leis penais enfrentam a corrupção com instrumentos, estratégias e eixos diferentes, que resultam em sanções diversas entre si. Isso permite que um mesmo ato seja sancionado por diferentes normas e múltiplos sistemas de responsabilidade. Aliás, seguindo essa linha de ideias, a Suprema Corte do Brasil já reconheceu a inexistência de ‘bis in idem’ pela circunstância de, pelos mesmos fatos, terem sido aplicadas a pena de multa pelo Tribunal de Contas da União e a pena de cassação da aposentadoria pela Administração. Tratava-se de um mandado de segurança impetrado por uma servidora pública federal contra ato do Presidente da República que lhe aplicou, em janeiro de 1997, a penalidade disciplinar de cassação de aposentadoria. Alegava o impetrante, dentre outras teses, que havia dupla punição no ato uma vez que o Tribunal de Contas da União já havia lhe aplicado pena de multa em razão dos mesmos fatos. A Suprema Corte refutou a alegação ao reconhecer que a multa que foi anteriormente aplicada pelo TCU, ainda que baseada nos mesmos fatos, não se confunde com a apuração e consequente punição de infrações disciplinares pela administração pública porque são independentes entre si a responsabilização administrativa dos servidores públicos faltosos e a atuação do Tribunal de Contas da União, no exercício do controle externo das contas públicas como órgão auxiliar do Poder Legislativo².

Além disso, o fato de algumas sanções previstas em ambos os diplomas legais serem comuns também não justifica, a nosso ver, o afastamento de

uma das leis, sob a tese de violação da proibição do *bis in idem*. No regime de independências de instâncias, é comum a aplicação simultânea de sanções semelhantes entre si, assentadas em normas distintas entre si, ainda que diante de uma mesma unidade factual, sem que cogite de violação ao referido princípio.

Para ficar apenas com um exemplo, anote-se que a multa é sanção prevista pela Lei Penal, Lei Concorrencial, Código De Defesa do Consumidor, Leis Ambientais, Lei da CVM (Lei nº 6.385/76), Lei das Sociedades por Ação (Lei nº 6.404/76), etc. e todas podem ensejar a aplicação de multas simultâneas, a partir de um mesmo ato ilícito.

Por isso que, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que a condenação pela justiça eleitoral ao pagamento de multa por infringência às disposições contidas na Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições) não impede a imposição de nenhuma das sanções previstas na Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), inclusive da multa civil, pelo ato de improbidade decorrente da mesma conduta (STJ. 2ª T, AgRg no AREsp 606.352-SP, Rel. Min. Assuste Magalhães. j. em 15.12.2015 (info 576)).

Acontece que a questão foi sensivelmente modificada pela nova previsão do § 2º do art. 3º e §§ 6º, 7º e 8º do art. 12, ambos da Lei nº 8.429/1992 com a redação dada pela Lei nº 14.230/2021, que cria um sistema de independência relativa entre a Lei Anticorrupção e de Improbidade. Vejamos.

Dispõe referidas normas:

Art. 3º (...)

§ 2º As sanções desta Lei não se aplicarão à pessoa jurídica, caso o ato de improbidade administrativa seja também sancionado como ato lesivo à administração pública de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

Art. 12 (...)

§ 6º Se ocorrer lesão ao patrimônio público, a reparação do dano a que se refere esta Lei deverá deduzir o ressarcimento ocorrido nas instâncias criminal, civil e administrativa que tiver por objeto os mesmos fatos.

§ 7º As sanções aplicadas a pessoas jurídicas com base nesta Lei e na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, deverão observar o princípio constitucional do *non bis in idem*.

Primeiro ponto a ser considerado, ao contrário do que poderia autorizar uma leitura apressada, é que essas novas disposições legais não isentam a pessoa jurídica de responsabilidade pelo sistema da Lei de Improbidade. Na verdade, referidas normas criam uma espécie de *detração sancionatória*, que permite um desconto ou um abatimento de sanções aplicadas por violação à Lei Anticorrupção Empresarial junto à esfera da improbidade administrativa.

Isso significa que, caso a pessoa jurídica não seja responsabilizada à luz da Lei Anticorrupção, porque, por exemplo, o caso foi fulminado pela

prescrição, nada impede que ela o seja à luz da Lei nº 8.429/1992. Se a intenção do legislador fosse evitar e impedir que a pessoa jurídica respondesse pelo sistema da Lei de Improbidade Administrativa bastaria ter feito uma textual previsão assim.

Mas como se vê, o § 2º do art. 3º da Lei nº 8.429/1992 apenas isenta a pessoa jurídica das sanções aplicadas na órbita da improbidade administrativa caso, pelo mesmo ato, tenha sido sancionada à luz da Lei Anticorrupção. Observe-se que, para incidir essa hipótese normativa, deve o ato ilícito praticado amoldar-se nas duas leis e, além disso, ter havido prévia condenação pela Lei Anticorrupção Empresarial.

A lei impôs assim algumas condições para a ocorrência dessa detração: além de duas condenações sucessivas, elas devem se referir ao mesmo fato. Trata-se de previsão crucial para evitar a formação de uma espécie de crédito em favor da pessoa jurídica envolvida em atos ilícitos, que lhe permitiria praticar novos atos ímprobos diferentes daqueles correspondentes à condenação por violação à lei anticorrupção que restariam indistintamente neutralizados por um indevido saldo remanescente da primeira condenação. Essa é a interpretação capaz de evitar manobras oportunistas e a desproteção do direito fundamental à probidade administrativa.

Assim, doravante, caso a pessoa jurídica seja sancionada pela Lei Anticorrupção Empresarial poderá ter computada a sanção aplicada pelo sistema de responsabilidade da Lei de Improbidade Administrativa, regra que rompe, ainda que parcialmente, com sistema de independência normativa entre as Leis.

Anote-se, contudo, que devido à falta de previsão legal, essa compensação sancionatória é via de mão única: só ocorre se primeiro houver condenação na Lei Anticorrupção Empresarial e depois na esfera da improbidade administrativa. Não há previsão legal de desconto em sentido contrário, mesmo porque, a Lei Anticorrupção é regida pela independência total proclamada pelo seu art. 30, I.

Essas disposições compensatórias desafiam questões relevantes de ordem prática principalmente por causa da diferença de tempo na investigação e processamento destes ilícitos, situação que deverá ser analisada caso a caso. 

NOTAS

- 1 CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre a Lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei nº 12.846/13. São Paulo: RT, 2015. p. 424.
- 2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 22.728/PR. Pleno. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 22 jan. 1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85824>>. Acesso em: 04 nov. 2018.



RENEE DO Ó SOUZA é Mestre em Direito. Promotor de Justiça em Mato Grosso. Membro Auxiliar do Conselho Nacional do Ministério Público. Professor e autor de obras jurídicas.



ROGÉRIO SANCHES CUNHA é membro do Ministério Público do Estado de São Paulo. Professor da Escola Superior do Ministério Público dos estados de São Paulo, Mato Grosso e Santa Catarina. Coordenador Pedagógico e Professor de Penal e Processo Penal do Curso RSConline. Cofundador e coordenador pedagógico do JUSPLAY. Autor de obras jurídicas.

Violência psicológica contra a mulher (art. 147-B, CP)

por EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE



DIVULGAÇÃO

“O novo tipo penal traz consigo muito pouca proteção à mulher em relação ao que já existia e pode prejudicar gravemente eventuais supostos sujeitos ativos (homens ou mulheres), devido à sua inaceitável redação aberta.”

CONCEITO E UMA PRIMEIRA VISÃO CRÍTICA

A chamada “Violência Psicológica” contra a mulher tem sua primeira regulação legal com o advento da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), em seu art. 7º, II. Ocorre que a Lei nº 11.340/06, embora tratando da violência doméstica e familiar contra a mulher, praticamente não prevê crime algum especial, salvo, excepcionalmente, mesmo assim

após uma pequena reforma, o crime de descumprimento de medida protetiva de urgência, conforme art. 24-A do mesmo diploma, inserido pela Lei nº 13.641/18. No mais, o que a Lei nº 11.340/06 faz com relação à violência de gênero contra a mulher no âmbito doméstico e familiar é prever um tratamento penal, processual penal e de execução penal mais rigoroso e adequado ao agressor. Não obstante, os crimes a serem imputados são aqueles já normalmente previstos no ordenamento jurídico (v.g. Femicídio, lesões corporais, ameaça, constrangimento ilegal, sequestro e cárcere privado etc.).

Os crimes já previstos legalmente no ordenamento, acaso cometidos em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos estritos termos do art. 5º, I a III da Lei Maria da Penha, têm um tratamento diferenciado de acordo com suas normas (da Lei Maria da Penha), conforme acima exposto.

O art. 7º, do diploma enfocado apresenta as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo elas a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Em cada um dos cinco incisos desse dispositivo há uma definição de uma espécie de violência, mas isso não significa que o citado art. 7º, preveja condutas criminais ou, melhor dizendo, tipos penais incriminadores. Ali há apenas definições abstratas de espécies de violência, as quais podem ser cometidas por meio de condutas criminosas previstas no ordenamento jurídico – penal brasileiro. Então, por exemplo, o indivíduo que agride fisicamente a sua esposa, causando lesões leves não responde por um suposto crime previsto no art. 7º, I, da Lei nº 11.340/06, mas pelo crime de lesões corporais qualificado, conforme consta do art. 129, § 13, CP. Acontece que tal crime será abrangido pela Lei Maria da Penha e seu tratamento mais rigoroso ao agressor sob vários aspectos, tendo em vista tratar-se de situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do art. 5º, I e II na sua espécie de “violência física” (art. 7º, I). O mesmo raciocínio vale para um estupro praticado pelo namorado contra a namorada. Nesse caso, aplicar-se-ia o art. 5º, III e a espécie de “violência sexual”, conforme art. 7º, III, sendo o crime imputável o previsto no art. 213, CP.

Quanto à chamada “Violência Psicológica” sempre se procedeu dessa mesma forma. Havendo a situação de violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 5º, I a III) e configurada uma hipótese de “Violência Psicológica” (art. 7º, II), o infrator seria submetido à imputação de algum crime previsto na legislação penal, como, por exemplo, ameaça, perseguição ou Stalking, sequestro e cárcere privado, constrangimento ilegal etc. Mais uma vez, seguindo a normalidade da Lei nº 11.340/06, a chamada “Violência Psicológica” descrita no art. 7º, II do mesmo diploma não era um tipo penal específico, mas apenas uma descrição abstrata, uma definição de espécie de violência, que poderia abranger vários tipos penais, conforme as circunstâncias do caso concreto.

Com o advento da Lei nº 14.188/21, no que tange à “Violência Psicológica”, altera-se a sistemática usual da Lei nº 11.340/06, criando-se um subsistema incriminador dentro do subsistema de tratamento específico da violência doméstica e familiar contra a mulher. Agora temos uma coisa parecida com aquelas bonecas russas Matryoshkas: há o sistema penal comum, dentro dele

o subsistema diferenciado para o tratamento da violência doméstica e familiar contra a mulher com seu funcionamento já descrito, e, finalmente, dentro do último subsistema, há um outro subsistema para a “Violência Psicológica”, com uma regulação diferenciada dos demais casos.

Ao invés de permanecer a definição de “Violência Psicológica” adstrita ao art. 7º, II e buscando-se, no caso concreto, um crime específico no ordenamento (como ocorre em todos as demais espécies de violência previstas no art. 7º), optou o legislador por criar uma incriminação direta e específica da própria “Violência Psicológica”, praticamente copiando a redação do dispositivo em destaque da Lei Maria da Penha. Em outras palavras, erigiu o legislador em crime a própria definição abstrata de “Violência Psicológica contra a Mulher”.

O art. 7º, II, da Lei nº 11.340/06 assim define a “Violência Psicológica” contra a mulher:

a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação (Redação dada pela Lei nº 13.772/18).

Vem a Lei nº 14.188/21 e cria um crime previsto no art. 147-B do Código Penal, com a seguinte descrição típica:

Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação:

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

É facilmente perceptível que o que fez o legislador foi praticamente repetir o texto do art. 7º, II da Lei Maria da Penha, ajustando sua redação ao modelo de um tipo penal que descreve uma conduta, usando um verbo comissivo (“causar”) e não apenas define o que seja uma expressão como “Violência Psicológica”.

Efetivamente, o legislador criminalizou direta e especialmente o que era, até então, uma descrição ou definição legal de “Violência Psicológica” contra a mulher, podendo enquadrar-se, conforme o caso, em diversos tipos penais da legislação brasileira.

Como melhor será exposto no decorrer deste texto, entendemos que essa atuação do legislador foi desastrosa. Primeiro porque cria um hiato entre o

subsistema da Lei Maria da Penha e a questão da “Violência Psicológica”, que passa a ser tratada de modo diverso dos demais casos de violência do art. 7º, o que certamente é algo assistemático, ensejando aquele já descrito jogo de bonecas russas em que um subsistema é criado dentro de outro subsistema, confundindo ainda mais a já atabalhoada legislação pátria. Além disso, a alteração parece advir tão somente de mais uma iniciativa deletéria de “Direito Penal Simbólico” e demagogia legislativa, uma vez que a “Violência Psicológica” já era devidamente definida pela Lei Maria da Penha e tinha a seu dispor todo um arcabouço de tipos penais adaptáveis a cada caso concreto, aliás, tal qual ocorre com as demais formas de violência. Ora, certamente sendo o Direito Penal considerado de “ultima ratio”, seu manejo somente se deve dar em casos de estrita *necessidade*, o que não se configura com relação ao tema. Finalmente, é preciso destacar que a descrição típica fere frontalmente a “legalidade estrita”, pois que não descreve de forma semanticamente determinada quais seriam as condutas puníveis, ensejando o surgimento de um temível e indesejável “tipo penal aberto”.

Mas, em sua sanha demagógica o legislador prefere fazer a imaginação sobrepujar o real, o ideal sobrepor-se à realidade. Faria melhor seguindo o conselho de Emily Dickinson ao referir-se ao “Banquete da Temperança”. Deveria procurar desfrutar desse banquete “para que o real” não “desencante sua alma”. A decepção que se segue quando algo idealizado ou meramente imaginado se choca com a realidade concreta é muito profunda e, às vezes, sem remédio possível para os males que a ilusão criou.¹

Ferrajoli opera uma distinção entre o que denomina de “Princípio da Legalidade Ampla ou de mera legalidade” e o “Princípio da Legalidade Estrita ou Princípio de Estrita Legalidade”. Para a satisfação do primeiro, não há necessidade de uma descrição semântica taxativa. Ao contrário, para obedecer ao “Princípio de estrita legalidade” é imprescindível a taxatividade descritiva das condutas incriminadas. Em suma, a mera legalidade determina que ao juiz é dado apenas reconhecer como delito àquilo que é predeterminado pelo legislador como tal. Já para a legalidade estrita, não basta que haja uma previsão do legislador para que o juiz possa reconhecer uma conduta como criminosa. Mister se faz que o legislador obedeça a “uma regra metajurídica de formação da linguagem penal que para tal fim” lhe prescreve “o uso de termos de extensão determinada na definição das figuras delituosas, para que seja possível a sua aplicação na linguagem judicial como predicados ‘verdadeiros’ dos fatos processualmente comprovados”. Pode-se dizer que enquanto à mera legalidade basta a “conformidade formal às leis dos atos de produção normativa”, à legalidade estrita, além da conformidade formal, exige-se uma “conformidade substancial às leis dos significados ou conteúdos das normas produzidas”. Em suma, não basta que o legislador produza leis de acordo com o processo legislativo, mas é imprescindível que ele produza leis claras, taxativas, com descrições objetivas. É essa característica de determinação segura do conteúdo da lei penal que lhe empresta validade sob o aspecto “substancial”.²

Por isso, qualquer “tipo penal aberto”, sem que isso se justifique pela impossibilidade de tipificação exaustiva de condutas, como, por exemplo, nos tipos penais culposos, é inconstitucional, já que viola o “Princípio da Legalidade” na segurança jurídica e eficácia exigíveis na seara penal, o que com certeza inquina o art. 147-B, não sendo possível aceitar sua validade, inobstante sua vigência formal.

Poder-se-ia acenar com a efetiva impossibilidade de descrição de todas as condutas capazes de violentar psicologicamente uma mulher, o que justificaria o recurso ao “tipo penal aberto”. Não obstante, no caso, sempre foi e continua sendo possível, a tipificação de condutas específicas que ferem psicologicamente a mulher e que já têm previsão legal estrita na lei penal brasileira, conforme acima já exposto. Enfim, o tipo penal do art. 147-B, CP é inoportuno, desnecessário, inconstitucional, assistemático e perigosamente gerador de imensa insegurança jurídica.

O recurso ao “tipo penal aberto” é visto pela doutrina em geral como uma exigência de ordem prática em certos casos excepcionalíssimos, que se faz como uma espécie de “mal necessário”, ferindo aquilo que seria um “Direito Penal Ideal”. É assim que, com algum pesar, se manifesta Nucci:

Em determinadas situações, o legislador por impossibilidade de prever e descrever todas as condutas possíveis de acontecer em sociedade, criou os chamados tipos abertos, nos quais não há descrição completa e precisa do modelo de conduta proibida ou imposta. Nesses casos, faz-se necessária sua complementação pelo intérprete.³

Assim sendo, não é possível banalizar a produção de tipos penais como o atual art. 147-B, CP, não dotados da necessária determinação semântica, especialmente quando o sistema que o antecedia possibilitava, desde sempre, a repressão a essa espécie de violência, mediante o emprego de tipos penais com descrição de condutas bem definidas (“tipos penais fechados”) e aplicáveis adequadamente a cada caso concreto. Abrir mão de um sistema de imputação bem determinado, obediente à legalidade estrita, para passar a utilizar uma descrição equívoca que viola essa mesma legalidade, permitindo a tipificação de qualquer coisa que se pretenda, é algo absolutamente inaceitável.

No entanto, conscientemente ou não, paga-se pedágio para uma espécie de “mistificação revolucionária” que “faz com que se aceite, pela promessa de uma justiça absoluta, a injustiça perpétua, o compromisso sem limites e a indignidade”.⁴

A grande verdade é que esse novo tipo penal está a tornar mais realista ainda a descrição literária que faz Fontana a respeito de uma professora de Direito, após anos de carreira, fazendo uma espécie de balanço de sua vida profissional:

Silvana há muito já sabia que a sua área tinha virado um manicômio. Não havia meio de explicar aos seus pobres alunos, aqueles coitados iletrados, a

barafunda jurídica que nem mesmo ela, a professora, conseguia entender. As leis brasileiras eram um enigma insolúvel, um emaranhado obscuro de tecnicidades, casuísmos, remendos e interpretações absurdas. Precisamente por isso, muito embora ela jamais ousasse elaborar tão claramente, sua vida profissional consistia em transmitir um *nonsense* incompreensível para idiotas arrivistas. Era isso que ela vinha fazendo de segunda à sexta, há mais de duas décadas, com ares da mais profunda seriedade.⁵

Outro aspecto importante que aponta nova inconstitucionalidade para a criação de um tipo penal específico para a “Violência Psicológica” contra a mulher, especialmente nos termos genéricos em que é descrita, é a questão do tratamento isonômico de homens e mulheres sempre que não houver razão suficiente para alguma iniciativa de discriminação positiva, infringindo o “Princípio da Igualdade” (inteligência do art. 5º, I, CF). Nesse passo, não se pode afirmar que o número ou a gravidade dos danos emocionais provocados por homens a mulheres seja consideravelmente maior ou mais intenso do que os provocados por mulheres a homens. Jiménez expõe que estudos apontam que o abuso psicológico prolongado tem levado um número enorme de homens a uma morte prematura, inclusive por suicídio.⁶ E tenha-se em mente que pesquisas apontam que a taxa de suicídio é aproximadamente 4 (quatro) vezes maior para os homens do que para as mulheres no Brasil.⁷ O mesmo Jiménez, ao abordar essa questão, aduz que em termos mundiais a proporção é a similar. Em torno de 70 a 80 por cento dos suicídios são masculinos. Entretanto, destaca o autor que existe uma tendência a não abordar o problema de gênero nesses casos, imputando ao homem a culpa por sua própria miséria psicológica e assinalando causas externas somente para as mulheres, o que, obviamente, decorre de uma visão preconceituosa e míope do problema.⁸ E entre as novas gerações as taxas de suicídio também tendem a crescer mais entre os jovens do sexo masculino (um crescimento de aproximadamente 57% entre meninos e 27% entre meninas). No entanto, todo destaque é dado às jovens, indicando o fato de que as meninas cometem mais tentativas de suicídio do que os meninos e ocultando a informação de que estes são os que efetivamente mais morrem, ou seja, intentam e conseguem se suicidar realmente, sendo o número muito considerável. Os meninos praticam realmente suicídios efetivos 5 ou 6 vezes mais do que as meninas. Novamente ocorre um ocultamento ou mesmo um fechar deliberado de olhos para o sofrimento masculino, tudo impulsionado por um viés “politicamente correto” e não por uma análise séria e preocupada com a realidade do problema.⁹ Há um entrave cultural e ideológico para que se possa falar ou sequer mencionar a questão do sofrimento masculino, fazer isso, como ocorre neste texto, é hoje praticamente, parodiando a letra da conhecida música, *um sussurro no som do silêncio*.¹⁰ E um sussurro isolado por uma hegemonia ideológica opressiva que nos faz lembrar a frase emblemática de Antonio Machado:

“Qué difícil es cuando todo baja, no bajar también”.¹¹

Feitas essas considerações iniciais, é possível partir para a análise de outros tópicos referentes ao crime em estudo.

OBJETIVIDADE JURÍDICA

O bem jurídico que se pretende tutelar com a norma incriminadora em estudo é a integridade e a saúde psicológica da mulher, assim como sua liberdade individual e pessoal, mesmo porque é abrigado no Capítulo VI – Dos Crimes Contra a Liberdade Individual, Seção I – Dos Crimes Contra a Liberdade Pessoal, tudo do Código Penal Brasileiro.

SUJEITO ATIVO

Pode parecer que o autor do crime precise ser um homem, mas isso não é verdadeiro. A legislação não faz nenhuma distinção, de modo que não se trata de crime próprio e sim de crime comum, o qual pode ser cometido por qualquer pessoa, inclusive pessoas de ambos os sexos.

Também não há exigência de nenhuma relação de parentesco ou convivência de qualquer espécie entre autor e vítima.

SUJEITO PASSIVO

A lei é clara ao estabelecer que o sujeito passivo do crime em estudo é apenas a mulher.

Não obstante, num mundo avesso à realidade e dominado pelo relativismo, subjetivismo e vontade, capazes de alijar facilmente até mesmo conhecimentos científicos indiscutíveis e o senso comum mais óbvio, negando não somente a biologia, mas até as evidências dos sentidos no que diz com a anatomia, genética, fisiologia e mesmo a morfologia (tudo infamado como opressão cultural), torna-se necessário fazer uma incursão por questões trazidas pela chamada “Ideologia de Gênero” em seus arroubos mais fantásticos.

Falando em gênero e suas polêmicas, uma questão bem-posta é a seguinte: poderá um transexual ser vítima de violência psicológica contra a mulher?

Um primeiro aspecto é indubitável: não se tratando de transexual, mas de homossexual masculino que não tenha alterado seu sexo anatômico e juridicamente, é claro e evidente que não poderá ser vítima do crime em estudo. Mesmo porque tal pessoa normalmente se identifica como homem. Isso seria realmente dar à “Ideologia de Gênero” uma amplitude paroxística e absurda.

Como bem destaca Cunha, sobre o tema do transexual e o Feminicídio, porém, podem surgir duas correntes de pensamento:

Em eventual resposta à indagação inicial podem ser observadas duas posições: uma primeira, conservadora, entendendo que o transexual, geneticamente, não é mulher (apenas passa a ter órgão genital de conformidade feminina), e que,

portanto, descarta, para a hipótese, a proteção especial; já para uma corrente mais moderna, desde que a pessoa portadora de transexualismo transmude suas características sexuais (por cirurgia e modo irreversível), deve ser encarada de acordo com sua realidade morfológica, eis que a jurisprudência admite, inclusive, retificação de registro civil.¹²

Analisando a questão sob o prisma estritamente jurídico, parece que realmente assiste razão ao entendimento de que o transexual devidamente reconhecido como mulher no registro civil e com alterações em sua genitália pode perfeitamente ser vítima de Femicídio ou do crime em estudo, e não somente isso, passa a fazer jus a toda proteção jurídica diferenciada concedida às mulheres nas mais várias searas (v.g. Lei nº 11.340/06, Legislação Trabalhista, civil etc.).

Este também é o entendimento de Rogério Greco, quando trata da questão do Femicídio:

Se existe alguma dúvida sobre a possibilidade de o legislador transformar um homem em mulher, isso não acontece quando estamos diante de uma decisão transitada em julgado. Se o Poder Judiciário, depois de cumprido o devido processo legal, determinar a modificação da condição sexual de alguém, tal fato deverá repercutir em todos os âmbitos de sua vida, inclusive o penal.¹³

Atualmente, porém, o STJ, por sua 6ª Turma reconheceu essa aplicabilidade de legislações que protegem a mulher às mulheres transexuais, de forma muito mais ampla, sem exigência de alteração do registro civil ou mesmo mudança anatômica do sexo (STJ, Recurso Especial 1977124/SP (2021/0391811-0), 6ª Turma, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, j. 05.04.2022). Ademais, nada mais fez o STJ do que dar o devido alcance à manifestação do STF, sempre sob os influxos da “Ideologia de Gênero”, quanto aos requisitos para mudança de registro civil de transexuais, conforme RE 670.422, onde restou estabelecido o seguinte:

i) O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa;

ii) Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo ‘transgênero’;

iii) Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial;

iv) Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar de ofício ou a requerimento do interessado a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos.¹⁴

TIPO OBJETIVO

O verbo do tipo é “causar”. Causar o quê? “Dano emocional à mulher”. Qualquer dano? Não, aquele que “prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões”.

A lei também estabelece os meios pelos quais esse dano emocional poderá ser causado pelo autor: “mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação”.

Embora sejam apresentados meios específicos para a causação de dano emocional à mulher, não se pode afirmar que se trate de um chamado “crime de forma vinculada”, mas sim de um “crime de forma livre”.¹⁵ Isso porque o verbo “causar” empresta à conduta toda uma amplitude praticamente inabarcável. Poderia ser que os meios dispostos na lei para essa causação viessem a conferir alguma determinação à conduta, mas fato é que em todos os casos não há determinação alguma. Por exemplo, pode-se ameaçar alguém de muitas formas, chantagear também, ridicularizar, isolar, humilhar etc.

É bem verdade que o legislador tenta utilizar a chamada “interpretação analógica”, expondo exemplos de condutas e fechando a redação com a fórmula genérica “qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação”. Acontece que fracassa miseravelmente porque as casuísticas pretendidas são tão indeterminadas quanto a fórmula genérica que as sucede. Ou seja, há um grave problema de indeterminação semântica, violador, como já se disse, do “Princípio da Legalidade Estrita”.

O mesmo fenômeno corre com o resultado previsto para a conduta, qual seja, a causação de “dano emocional” à mulher. O que seria um “dano emocional”? A expressão é completamente indeterminada e indeterminável. Tanto é fato que quando o legislador tenta empreender alguma determinação, estabelecendo que se trataria do dano que “prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões”, apenas continua sua saga de emprego de expressões equívocas, sem qualquer conteúdo semântico seguro.

De tudo isso, a única coisa que se pode concluir, mesmo assim apenas pela aplicação de um “bom-senso” (bom-senso este que não se pode jamais confiar estar presente no Judiciário, no Ministério Público e nem na Polícia em suas atuações concretas) é que esse “dano emocional” causado à mulher não poderá ser uma bagatela qualquer, até mesmo pela aplicação do “Princípio da Insignificância”. Se há exigência de que o dano prejudique o desenvolvimento, degrade, controle as ações, comportamentos, crenças e decisões da mulher, então esse dano deve ser de monta, não se adequando a, por exemplo, um simples contratempo, um mal-estar emocional passageiro, um mero aborrecimento. Talvez uma saída seja utilizar para essa aferição, na tentativa de minimizar a inépcia ou anemia semântica do tipo penal, as orientações jurisprudenciais

já firmadas sobre temas como “dano moral” na área cível ou “assédio moral” no âmbito trabalhista. Decisões existem nos seguintes termos:

Não configura dano moral o mero aborrecimento decorrente de lesão patrimonial, já abrangido pelo dano material. (TJMG. Apelação Cível n. 1.0702.01.008229-6/001. Relator: Des. Maurício Barros, julgada em 23 de novembro de 2005).¹⁶

Porém, é evidente que mesmo essa cautela de bom-senso e o apelo a diretrizes encontráveis na justiça civil e trabalhista jamais podem ser suficientes para salvar o dispositivo em destaque de sua inconstitucionalidade patente face à sua insuperável equivocidade semântica. Além do mais, não se podem fazer passagens artificiais de diretrizes aplicáveis nos âmbitos civil e trabalhista para a seara penal.¹⁷ Isso é uma confusão extremamente perigosa, já que tais áreas jurídicas não podem ser equiparadas, estando submetidas a regras gerais e princípios totalmente diversos. Uma “civilização” do Direito Penal, não no bom sentido de torná-lo “civilizado” ou “humanizado”, mas no de promover uma verdadeira “colonização” do ramo penal, tornando-o uma espécie de parente pobre ou miserável do Cível, pode ser altamente deletéria. Na área cível, por exemplo, não há necessidade de estrita legalidade. É possível que um dispositivo que apenas diga genericamente que aquele que causar dano a outrem está obrigado a indenizar seja aceitável (vide arts. 186 e 927, CC). Isso, por exemplo, seria inviável na área criminal. Seria o correspondente a um tipo penal genérico que estabelecesse uma pena para qualquer ato prejudicial ao bom convívio e à paz social. O Direito Penal não se coaduna com tal abertura, exige a descrição exata e segura de condutas incriminadas, a não ser que nos contentemos com exemplos históricos do Direito Penal Nazista ou Soviético. Zaffaroni demonstra que no pensamento jurídico que marcou o nazismo, a legalidade perde sua força e a argumentação judicial ativista ganha campo. Parte-se para um “intuicionismo jurídico” redutor da “função da lei”. A lei passa a ser apenas um facilitador do magistrado para encontrar o Direito. “O juiz é servidor do direito, não da lei, deve dizer o direito, não interpretar a lei, e se o fio da lei der lugar a uma injustiça, deverá evitá-la e decidir segundo o bem, baseando-se de forma independente”.¹⁸ Essa espécie de retórica pode até ser sedutora, mas na verdade é manifestação pura de uma “insegurança jurídica programada” típica de regimes totalitários.¹⁹

Eis a importância de procurar sempre saber a origem das concepções e ideias, não se atendo somente ao seu conteúdo racional, argumentativo e até mesmo estético. A História nos mostra frequentemente que as ideias têm consequências e o que os homens podem fazer com elas. Como bem aduz Collingwood:

Conhecer-se a si mesmo significa saber o que se pode fazer. E como ninguém sabe o que pode antes de tentar, a única indicação para aquilo que o homem pode fazer é aquilo que já fez. O valor da história está então em ensinar-nos o que o homem tem feito e, deste modo, o que o homem é.²⁰

A verdade é que esse tipo penal criado pela Lei nº 14.188/21 tem o potencial altamente indesejável de ampliar-se indevidamente e abranger situações de recalque pessoal, suscetibilidade exagerada e das chamadas microagressões. Essas reações exageradas são um perigo concreto num mundo em que, conforme destacam Haidt e Lukianoff, o conceito de “trauma” se deslocou até o ponto de admitir a inclusão de qualquer coisa, tomada por uma pessoa (subjetivamente) como emocionalmente danosa. Na atualidade é comum a ideia de que a experiência subjetiva do “dano” se torne definitiva para valorar o “trauma”. Trata-se do chamado “giro para o padrão ou modelo subjetivo”.²¹ Nem mesmo o intento do agente passa a importar, de modo que no corrente conceito de “microagressões” opera-se uma mudança moral fundamental que se refere ao giro da “intenção” para o “efeito”. Já não importa mais que o agente queira ou sequer saiba que tal ou qual atitude, gesto ou palavra atinge a suscetibilidade alheia, basta o atingimento para que a pessoa seja execrada.²² O manejo de um tipo penal aberto como o art. 147-B, CP nesse caldo cultural tumultuoso e até insano torna-se altamente arriscado. Além disso, é bom lembrar que quando acima se acenou com o “Princípio da Insignificância” como solução para alguns casos absurdos, isso pode ser contestado porque tanto STJ como STF apontam para o bloqueio do reconhecimento das infrações bagatelares nos casos que envolvam “violência doméstica e familiar contra a mulher” (vide Súmula 589, STJ e RHC 133.043, STF). Essa conjuntura pode afetar até mesmo o correto destaque dado à “intenção” do agente, para além da mera relação de causalidade de sua conduta com o resultado, preconizada pela chamada “Teoria Finalista da Ação”, majoritariamente adotada em nosso país. Como bem expõe Cunha:

Criada por Hans Welzel em meados do século XX (1930 – 1960), a teoria finalista concebe a conduta como comportamento humano voluntário psiquicamente dirigido a um fim. A finalidade, portanto, é a nota distintiva entre esta teoria e as que lhe antecedem. É ela que transformará a ação num ato de vontade, com conteúdo, ao partir da premissa de que toda conduta é orientada por um querer. Supera-se, com essa noção a “cegueira” do causalismo, já que o finalismo é nitidamente “vidente”.²³

Digamos que um namorado simplesmente termine o relacionamento com uma mensagem de texto e não se dê ao trabalho sequer de procurar pessoalmente a ex-namorada. É claro que isso pode causar um abalo emocional que mobilizará vários sentimentos conforme a situação e a pessoa envolvida (tristeza, raiva, revolta, indignação etc.). No entanto, é evidente que essa espécie de interação intersubjetiva não deve ser objeto do Direito Penal. No máximo se trata de uma falta de sensibilidade, de educação, cortesia, a qual pode perfeitamente ser considerada como reprovável sob o prisma moral. Mas, nada mais que isso. Acontece que a redação do tipo penal permitiria que um agente público e a própria envolvida concluísse que se trata de um crime!

Simplesmente anunciar um cônjuge ao outro que não pretende mais a vida em comum, tem o potencial de ensejar a incidência do tipo penal dada a

sua abertura. É claro que com bom-senso isso não ocorreria, mas quem pode garantir o bom-senso das pessoas em geral e dos aplicadores da lei em particular?

Há muito tempo São Tomás de Aquino já ensinou que “*perfeito é aquilo que, para ser o que é, não lhe falta nada*”, bem como que a “*perfeição dos efeitos é proporcional à perfeição da causa de que provêm*”.²⁴ Muito bem, o tipo penal em estudo de forma alguma contém tudo que precisa conter para ser um verdadeiro tipo penal obediente à estrita legalidade. Em razão disso, sua imperfeição somente poderá gerar efeitos nefastos. Ainda que se considere haver alguma *boa intenção* na elaboração desse tipo penal, abstraindo a demagogia legislativa, trata-se tipicamente de mais um desses casos em que a sabedoria popular nos diz que “*de boas intenções o inferno está cheio*”. Note-se que, ainda que não intencionalmente, o legislador, com esse tipo penal indeterminado, facilita o *abuso de direito* por seduzentes vítimas movidas por caprichos, suscetibilidades e motivos mais variados possíveis. Há um enorme perigo de que esse dispositivo legal acabe por criminalizar as relações humanas, imiscuindo-se em questões intersubjetivas corriqueiras que devem ser resolvidas e superadas pelos próprios envolvidos e não pelo Estado, muito menos pelo seu aparato penal.

Não é que se deva desconsiderar a efetiva lesão emocional ou psicológica que ocasione, por exemplo, um distúrbio mental à mulher. Porém, é necessário que se faça uma “*adequada incriminação*” de acordo com as garantias ínsitas ao Direito Penal Moderno, o que é um ingente desafio não somente no Brasil, mas na “*generalidade dos países*”.²⁵

Uma proposta plausível seria, por exemplo, uma redação que fizesse menção e descrição do fenômeno da chamada “*Síndrome da Mulher Maltratada*”, tornando a conduta incriminada devidamente identificável e determinável. Como aduz Zapatero:

La esencia y signo diferencial de la violencia de los hombres sobre sus parejas no es otra que la necesidad – deseo de dominio sobre la mujer. (...).

*Las violencias contra la mujer por parte del marido no son tanto un hecho como un proceso y lo más grave en ello no es tanto la lesión misma como la permanente exposición al peligro de repetida lesión física y el permanente dolor del sometimiento al maltrato y a humillación, que es la esencia del atentado a la integridade moral. Los golpes y el dolor duran más o menos, pero el miedo, en no pocos casos verdadero terror, la humillación, la impotencia, la destrucción de la personalidad, la quebra de la integridade moral hacen que estas violencias y malos tratos sean continuados y permanentes. El proceso y la dinámica de la violencia de género en la pareja están hoy perfectamente identificadas en el “ciclo de la violencia” del “síndrome de la mujer maltratada”: voluntad de dominación o manipulación afectiva, escalada y reanudación del ciclo.*²⁶

Semelhante é a descrição levada a efeito por Hirigoyen a qual expõe o fato de que normalmente as violências de gênero são progressivas, iniciando pela coação psicológica até atingir a agressão física que pode chegar não tão raramente na prática de homicídio (Feminicídio).²⁷

Em estando diante de um quadro como o acima descrito pelo autor espanhol e por Hirigoyen, quem poderia, em sã consciência, negar a necessidade de um tipo penal específico para essa espécie de conduta cruelíssima e bem determinada, assim como reconhecer um elemento de distinção para uma discriminação positiva da mulher? Certamente nem mesmo somente para a mulher, mas para outras pessoas em situação similar de vulnerabilidade como crianças, adolescentes, idosos, doentes, não importando o sexo. O problema é que na legislação brasileira nada disso está claramente estabelecido, possibilitando interpretações e aplicações as mais variadas e tresloucadas.

De qualquer forma, o crime previsto no art. 147-B, CP é “subsidiário”, sendo a sua subsidiariedade expressa, pois que consta do seu preceito secundário que as penas ali previstas se aplicam somente “se a conduta não constitui crime mais grave”. Significa dizer que no chamado “conflito aparente de normas” o crime do art. 147-B, CP será afastado em prol de outro crime que tenha pena mais gravosa e que se amolde às circunstâncias.

Essa foi a escolha do legislador brasileiro. No Direito Comparado, Zapatero dá conta de que na Espanha essa espécie de incriminação foi modelada para ser compatível com as penas dos delitos que tenham sido cometidos no curso de maus – tratos, estabelecendo expressamente, não a subsidiariedade ou a consunção, mas o concurso de delitos.²⁸

Embora dotado apenas de um verbo (“causar”) pode-se dizer que o crime de “Violência Psicológica contra a Mulher” é um delito de ação múltipla, de conteúdo variado, tipo misto alternativo ou plurinuclear. Ocorre que a causação do dano psicológico à mulher pode dar-se por vários meios descritos no tipo penal, sendo fato que se mais de um desses meios for utilizado pelo agente nas mesmas circunstâncias e contra a mesma vítima, não haverá pluralidade de crimes. Vale dizer que o crime em estudo é submetido ao chamado “Princípio da Alternatividade”, ou seja, pode ser perpetrado com uso dos diversos meios de conduta descritos em seu bojo, integrando, em caso de invariância de circunstâncias, apenas um ilícito penal e não vários, considerando o magistrado a pluralidade de núcleos usados na dosimetria da pena.²⁹

TIPO SUBJETIVO

O crime de “Violência Psicológica Contra a Mulher” somente pode ser praticado na modalidade dolosa. Esse dolo é específico, pois é necessário que o agente pretenda com a violência psicológica prejudicar ou perturbar o desenvolvimento da vítima ou ainda visar sua degradação ou controle.

Não há previsão de figura culposa e quanto ao dolo eventual, considera-se que seria inviável, pois se torna de muito difícil ocorrência prática, especialmente tendo em vista a necessidade de se visar prejuízo ou perturbação do desenvolvimento ou ainda degradação ou controle da mulher em vários aspectos. É, portanto, muito difícil imaginar uma situação real de dolo eventual, de forma que se trata de um crime por excelência informado pelo “dolo direto”. Segundo Gilaberte:

fica claro que o crime é invariavelmente doloso. Assim, por exemplo, em uma relação conjugal, se um dos cônjuges é indiferente ao outro e isso afeta a autoestima do parceiro a tal ponto que surja um dano emocional limitador da autodeterminação, mas esse processo é desconhecido por aquele que demonstra a indiferença, não há delito a ser apreciado.³⁰

CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma com o efetivo dano psicológico ou emocional causado à mulher.

Na primeira parte do dispositivo o crime é claramente material, exigindo a ocorrência do dano emocional, bem como do prejuízo ou perturbação do desenvolvimento da mulher. Desse modo, é possível (embora seja rara na prática) a ocorrência da forma tentada.

Já na sua segunda parte pode parecer que se trata de crime formal. Porque se exige o dano emocional, mas apenas que este “vise” a degradação ou controle da mulher, não que efetivamente se obtenha tais efeitos. No entanto, nos parece que o crime continua, em sua segunda parte, sendo material. O resultado do dano emocional permanece como exigência para a completude típica. Apenas o efeito desejado de controle ou degradação é que pode ser tão somente uma aspiração e não se concretizar. Trata-se do que se convencionou chamar de “crime incongruente”, quando o dolo do agente deve ultrapassar os elementos típicos exigidos para a consumação.³¹ Dessa forma o crime estará consumado com o dano emocional, haja ou não a degradação ou controle. Por outro lado, continua sendo possível, ao menos em tese, a tentativa frustrada de provocar o dano emocional.³²

CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

A infração penal em estudo pode ser classificada como:

a) Crime material, pois exige, para sua consumação, a efetiva ocorrência de dano emocional.

b) Crime de ação múltipla, conteúdo variado, tipo misto alternativo ou plurinuclear – apresenta vários núcleos de ação que podem ser perpetrados pelo agente.

c) Crime comum – pode ser praticado por qualquer pessoa, não exigindo a descrição típica especial qualidade do sujeito ativo.

d) Crime de dano – exige dolo de dano ao bem jurídico tutelado e não mero dolo de perigo.

e) Crime comissivo – em regra deve ser praticado por uma ação (verbo “causar”). Entretanto, pode-se dizer que é também um “crime comissivo por omissão” ou “omissivo impróprio”, pois é possível, excepcionalmente, causar dano emocional à mulher com deliberadas condutas omissivas maldosas.

f) Crime instantâneo – se consuma imediatamente com o dano emocional sentido pela vítima. A depender da natureza do dano emocional ocasionado

pela conduta do agente, poderá ser também um “crime instantâneo de efeitos permanentes”. Imagine-se que a mulher, devido ao dano emocional, desenvolva uma psicose maníaco – depressiva crônica.

g) Crime complexo – uma vez que em sua descrição típica pode abranger crimes menores que o compõem, como, por exemplo, o crime de ameaça, ofensas à honra etc.

h) Crime Principal, pois não depende de outro crime para subsistir.

i) Crime Progressivo – o agente muitas vezes se utilizará de crimes menores para chegar à “Violência Psicológica contra a Mulher” (v.g. ameaças).

j) Crime Plurissubsistente – normalmente serão necessárias várias condutas ou fases para sua consumação, de modo a admitir a figura da tentativa.

k) Crime unissubjetivo, monossubjetivo ou de concurso eventual – pode ser praticado por uma só pessoa, embora admita, eventualmente e não necessariamente, o concurso de agentes.

l) Crime de Forma Livre – não exige uma forma específica para sua prática. Basta “causar dano emocional”, não importando como isso se dê.

m) Crime de Fato Transeunte (“delicta facti transeuntis”) – normalmente não deixará vestígios da infração penal, ainda que seja um crime material por exigir o resultado de efetivo dano emocional à mulher. Ocorre que o dano emocional é, por natureza, imaterial, não deixando vestígios físicos.

Discordam desse entendimento Moraes da Rosa e Ramos, os quais enxergam na necessidade de prova pericial de dano psicológico grave, a existência de vestígios, ainda que imateriais deixados pelo delito.³³ Note-se que a interpretação dos autores é também defensável, especialmente a respeito da necessidade de comprovação de dano psíquico de gravidade para configuração do crime.

n) Crime Pluriofensivo – atinge mais de um bem jurídico (integridade psicológica e emocional da vítima, bem como sua liberdade individual).

o) Crime Subsidiário – somente será aplicado se não conflitar com norma penal mais rigorosa.

PENA E AÇÃO PENAL

A pena cominada é de “reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”. Dessa forma, teoricamente, seria uma infração de menor potencial ofensivo (inteligência do art. 61 da Lei nº 9.099/95). No entanto, na maioria dos casos, senão em sua totalidade, estará configurada a situação de “Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher”, de modo que será aplicável o art. 41 da Lei nº 11.340/06, que veda o alcance de qualquer instituto da Lei nº 9.099/95. Em geral, portanto, a competência para o processo e julgamento não será dos Juizados Especiais Criminais, mas sim dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, onde já estiverem instalados ou do Juízo Comum onde não estiverem (inteligência dos arts. 1º, 14 e 33 da Lei nº 11.340/06).

No caso raro (senão inviável) de andamento do feito pelos Juizados Especiais Criminais, o procedimento será o sumaríssimo (art. 77 a 83 da Lei nº 9.099/95 c/c art. 394, § 1º, III, CPP). Já no caso de andamento pelos Juizados

Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher ou Varas Criminais Comuns, o procedimento a ser adotado será o sumário (art. 538, CPP c/c art. 394, II e 531 a 536, todos do CPP).

Não há no tipo penal do art. 147 – B, CP qualquer observação quanto à ação penal, de modo que esta é “Pública Incondicionada”, nos termos do art. 100 e seu § 1º, CP c/c art. 24, CPP.

ALGUMAS DISTINÇÕES NECESSÁRIAS

a) Crime de ameaça (art. 147, CP) – em caso de crime de ameaça, este será aplicado somente quando o autor não visar dano emocional à mulher. Em ocorrendo o dolo específico do crime de “Violência Psicológica”, este prevalecerá sobre o delito de ameaça, que deverá ser absorvido como crime – meio, uma vez que se trata de crime menos grave com pena bem menor.

b) Constrangimento Ilegal (art. 146, CP) – nos casos de constrangimento ilegal deve-se analisar cada situação. Em se tratando de crime simples e sem a prática de lesões corporais, a solução é idêntica àquela acima exposta para a ameaça. Na forma qualificada, prevista no art. 146, § 1º, CP, as penas ficam idênticas, mas tendo em vista o concurso de agentes e/ou emprego de armas, parece que o constrangimento ilegal ganha foros de maior gravidade, de modo que a natureza subsidiária do art. 147-B, CP, o afastará, restando então o constrangimento ilegal qualificado. Finalmente, no caso de constrangimento ilegal simples em concurso com crime violento (v.g. lesão corporal – art. 129, § 13, CP), prevalecerá a responsabilização pelos crimes de constrangimento e lesão qualificada, pois que as penas, em sua somatória, serão muito mais gravosas, exsurgindo novamente os efeitos da subsidiariedade expressa da norma em estudo.

c) Crimes contra a Honra (arts. 138 a 140, CP) – nesses casos há previsão específica de proteção na Lei Maria da Penha para a chamada “Violência Moral” (art. 7º, V, da Lei nº 11.340/06) que faz menção expressa aos crimes de injúria, difamação e calúnia. Esse fato certamente foi o que impediu o legislador de constar a expressão “diminuição da autoestima” e a palavra “insulto”, presentes na descrição da “Violência Psicológica” no art. 7º, II, da Lei Maria da Penha, na redação dada ao tipo penal do art. 147-B, CPP, conforme Lei nº 14.188/21. Fica claro que o tratamento dos crimes contra a honra se cinge à “Violência Moral” e deve ser tratado em apartado. Em havendo, porém, ofensas à honra e ainda intento de causação de dano emocional diverso do insulto ou diminuição da autoestima, será possível o concurso formal impróprio de crimes (desígnios diversos – inteligência do art. 70, segunda parte, CP).

d) Crime de Perseguição (art. 147-A, CP) – novamente fica nítido que o legislador pretendeu tratar os casos separadamente. Não repetiu as expressões descritivas da violência psicológica contra a mulher constantes do art. 7º, II, da Lei nº 11.340/06, consistentes na “vigilância constante” e “perseguição contumaz”. É claro que isso se deu porque tais expressões estão ligadas diretamente ao delito de “Perseguição” (art. 147-A, CP), o qual deverá prevalecer no conflito

de normas, pela especialidade. Não se tratará de afastamento do art. 147-B, CP devido à sua subsidiariedade expressa porque os crimes se equivalem em gravidade e penas, mas, como se disse, de *especialidade*. Não é, porém, de se afastar a hipótese de concurso formal impróprio se, num caso concreto, houver não somente o dolo de perseguição, mas de dano emocional consistente em outro aspecto que não a própria perseguição (o que certamente é bastante difícil de ocorrer na prática).

e) Registro não autorizado da Intimidade Sexual (art. 216-B e Parágrafo Único, CP) – novamente o legislador deixa de copiar uma expressão constante do art. 7º, II, da Lei Maria da Penha na descrição típica do crime de “Violência Psicológica contra a Mulher”. Agora se trata da “violação da intimidade”. E, de novo, é possível concluir que o faz porque nesses casos pretende a prevalência do art. 216-B e seu Parágrafo Único, CP, pela especialidade, inobstante tenha esse crime pena menor e não fosse capaz de afastar normalmente o art. 147-B, CP devido à subsidiariedade. Não é compreensível a atuação do legislador nesse caso, a não ser pelo fato de que o tipo penal do art. 147-B, CP é realmente inaplicável, de extrema atecnia e acabaria impedindo também a aplicação do art. 216-B, CP. De qualquer forma, novamente, em havendo violação da intimidade sexual da mulher e ainda outra forma de violência psicológica com dano emocional, nada impedirá o concurso formal impróprio ou mesmo o concurso material de crimes (inteligência do art. 70, CP).

f) Divulgação não autorizada de cena de sexo ou pornografia (art. 218-C e seu § 1º, CP) – reitera-se a ausência de menção no tipo penal da expressão constante na descrição de “Violência Psicológica” na Lei Maria da Penha (“Violação da Intimidade”). Nesse caso é evidente que prevalecerá o disposto no art. 218-C e seu § 1º, CP, com base tanto na especialidade como na subsidiariedade, pois que se trata de infração muito mais grave e com pena muito mais rigorosa.

g) Sequestro e Cárcere Privado (art. 148, CP) – mencionando o art. 147-B como um dos meios para causar dano emocional, a “limitação” do direito de ir e vir, deve-se ter o cuidado de não confundir as situações de “Violência Psicológica” com as de Sequestro ou Cárcere Privado. Em primeiro plano, a subsidiariedade expressa do art. 147-B, CP já o afastaria em caso de algum conflito, uma vez que o crime do art. 148, CP tem penas bem maiores, tanto em sua forma simples como nas qualificadas. Contudo, em geral, nem sequer haverá conflito aparente e sim a aplicação do dispositivo adequável a cada caso concreto. Acontece que no crime do art. 147-B, CP, se fala em “limitação” do direito de ir e vir, enquanto o crime do art. 148, CP se refere a “privação” da liberdade mediante sequestro e cárcere privado. É nítida a diferença de grau de lesão à liberdade em um caso e outro. No art. 147-B, CP, a “limitação” equivale a uma “redução” do direito de ir e vir, sem sua eliminação completa (v.g. permitir que a mulher somente saia de casa para ir à casa dos pais em dias e horários previamente designados, bem como, em outros casos, somente acompanhada do consorte). Já quando se trata da “privação” da liberdade, conforme dispõe o art. 148, CP, há uma “eliminação” do direito de ir e vir, eventualmente até mesmo de deambulação.

h) Finalmente importa ressaltar que outra palavra componente da descrição de “Violência Psicológica” no art. 7º, II, da Lei nº 11.340/06 não é repetida na descrição típica do art. 147-B, CP. Trata-se do vocábulo “exploração”. Nesses casos, parece que o legislador deixa a especialidade para situações como extorsão envolvendo intimidade (v.g. sextorsão, “revenge porn” ou vingança pornográfica), exploração da prostituição, Tráfico de Pessoas, Redução à Condição Análoga à de Escravo etc. Também é visível que nos casos em que se tem a proteção prevista para tipos penais específicos como a “Violência Física” (lesões corporais, Femicídio, Tortura etc.), “Violência Sexual” (estupro e outros crimes contra a dignidade sexual) e “Violência Patrimonial” (crimes contra o patrimônio em geral), deve-se afastar o crime de “Violência Psicológica Contra a Mulher”, tendo em vista tanto sua subsidiariedade expressa como o Princípio da Especialidade no conflito aparente de normas.

Muito interessante a exposição de Gilaberte:

O dano emocional, portanto, necessariamente corresponde a uma lesão psíquica, à qual é agregada a afetação da autodeterminação feminina. Partindo-se desse entendimento, algumas cautelas na subsunção da conduta ao tipo penal em estudo devem ser observadas.

Saliente-se, de início, que lesões psíquicas são espécie do gênero lesão corporal (assim como as lesões anatômicas e as funcionais). Isso significa que, ao menos em tese, a provocação de uma lesão psíquica pode ensejar a capitulação da conduta no art. 129 do CP. Essas lesões, doravante, passam a ser previstas também no art. 147-B (desde que presentes as demais elementares), que é expressamente subsidiário a tipos penais mais graves.

Suponhamos, assim, que, em virtude de recorrente humilhação, praticada pelo sujeito ativo em virtude de menosprezo à condição de mulher, a vítima passe a sofrer de síndrome do pânico, mantendo-se reclusa em sua casa por medo de acessar logradouros públicos. Essa situação caracteriza o crime previsto no art. 129, § 13, do CP (lesão corporal contra mulher em razão do sexo feminino), que prevalece sobre o art. 147-B, por ser delito mais grave. A resposta é a mesma se, não existindo a condição de sexo feminino exigida pelo § 13 do art. 129, a lesão é qualificada pelo resultado (por exemplo, se impede o exercício das ocupações habituais por mais de trinta dias, ou se representa enfermidade incurável). Contudo, se não existe a condição de sexo feminino e a lesão é leve, o art. 147-B prevalecerá sobre o art. 129, *caput*, desde que, além da afetação à saúde psíquica, o agente provoque prejuízo à autodeterminação feminina. Inexistindo esse segundo prejuízo, o crime será o do art. 129, *caput*.

Situação curiosa ocorre no confronto do art. 147-B com o crime de violência doméstica, previsto no art. 129, § 9º. Tomemos como exemplo o caso da mãe que pratica violência psicológica contra a filha, sem que essa conduta seja baseada no gênero da vítima (ou seja, o crime não foi praticado porque a vítima é mulher), causando-lhe prejuízo à saúde psíquica e à autodeterminação. Não há se falar no crime do art. 129, § 13, pois a ação não foi motivada por razões de sexo feminino, mas em violência doméstica (art. 129, § 9º). A pena da violência doméstica

é simultaneamente menos grave (no que concerne à margem penal mínima, ou seja, três meses de reclusão) e mais grave (em sua margem penal máxima, três anos de reclusão) do que a pena da violência psicológica. Deve ser considerado, no entanto, que o crime do art. 147-B é uma infração de menor potencial ofensivo (se a violência, no exemplo dado, não é baseada no gênero, não incide a Lei nº 11.340/2006), o que torna o art. 129, § 9º, um crime mais grave, fazendo com que esta norma prevaleça.³⁴

Percebe-se que o novo tipo penal traz consigo muito pouca proteção à mulher em relação ao que já existia e pode prejudicar gravemente eventuais supostos sujeitos ativos (homens ou mulheres), devido à sua inaceitável redação aberta, a qual, por seu turno, também ocasiona uma série de perplexidades e dúvidas no conflito com figuras penais já existentes. Enfim, a legislação acaba criando mais problemas do que soluções, se é que cria alguma solução. 

NOTAS

- 1 Apud, SHATTUCK, Roger. *Conhecimento Proibido*. Trad. S. Duarte. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 134.
- 2 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer “et al.” São Paulo: RT, 2002, p. 305.
- 3 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: RT, 2008, p. 184.
- 4 CAMUS, Albert. *O Homem Revoltado*. Trad. Valerie Rumjanek. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 333.
- 5 FONTANA, Diogo. *A Exemplar Família de Itamar Halbmann*. Curitiba: Danúbio, 2018, p. 130.
- 6 JIMÉNEZ, Daniel. *Deshumanizando al Varón: Pasado, Presente y Futuro del Sexo Masculino*. EBook Kindle, 2019, p. 153.
- 7 VERDÉLIO, Andreia. Cerca de 11 mil pessoas tiram a própria vida todos os anos no Brasil. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-09/cerca-de-11-mil-pessoas-tiram-propria-vida-todos-os-anos-no-brasil>, acesso em 30.04.2022. Anote-se que a porcentagem varia de 21 % dos casos para mulheres e 79% dos casos para homens.
- 8 JIMÉNEZ, Daniel. Op. cit., p. 204.
- 9 SOMMERS, Christina Hoff. *La Guerra Contra Los Chicos: Cómo um feminismo mal entendido está dañando a los chicos jóvenes*. Trad. Lourdes Huanqui. EBook Lectulandia, 2014, p. 12 e 253.
- 10 The Sound of Silence. “Hello, darkness, my old friend/I’ve come to talk with you again/Because a vision softly creeping/Left its seeds while I was sleeping/And the vision that was planted in my brain/Still remains/Within the sound of silence/In restless dreams I walked alone/Narrow streets of cobblestone/’Neath the halo of a streetlamp/I turned my collar to the cold and damp/When my eyes were stabbed by the flash of a neon light/That split the night/And touched the sound of silence/And in the naked light I saw/Ten thousand people, maybe more/People talking without speaking
People hearing without listening/People writing songs that voices never share/And no one deared/Disturb the sound of silence/Fools, said I, you do not know?/Silence like a cancer grows/Hear my words, that I might teach you/Take my arms, that I might reach you/But my words like silent raindrops fell/And echoed in the wells of silence/And the people bowed and prayed/To the neon god they made
And the sign flashed out its warning/In the words that it was forming/And the sign said/ The words of the prophets are written on the subway walls/And tenement halls/And whisper’d in the sounds of silence.

Tradução: O Som do Silêncio – Olá, escuridão, minha velha amiga/Vim conversar com você outra vez/Porque uma visão surgiu mansamente/Deixou suas sementes enquanto eu dormia/E a visão que foi plantada em meu cérebro/Ainda permanece/Dentro do som do silêncio/Em sonhos atormentados, eu caminhei sozinho/Ruas estreitas de paralelepípedos/Sob a luz de um poste de rua/Levantei minha gola contra o frio e a umidade/Quando meus olhos foram apunhalados pelo brilho de uma luz de neon/Que partiu a noite/E tocou o som do silêncio/E na luz nua eu vi/Dez mil pessoas, talvez mais/Pessoas falando sem dizer/Pessoas ouvindo sem escutar/Pessoas escrevendo canções que vozes jamais compartilharam/E ninguém ousava/Perturbar o som do silêncio/Tolos, eu disse, vocês não sabem?/O silêncio cresce como um câncer/Escutem-me, que talvez eu possa ensiná-los/Peguem meus braços, que talvez eu possa alcançá-los/Mas minhas palavras caíram como gotas silenciosas de chuva/E ecoaram nos poços do silêncio/E as pessoas se curvaram e rezaram/Para o deus de neon que elas criaram/E a placa mostrou o seu aviso/Nas palavras que formava/E a placa dizia/As palavras dos profetas estão escritas nas paredes do metrô/E nos corredores dos cortiços/E são sussurradas ao som do silêncio (grifo nosso). SIMON & GARFUNKEL. The Sound of Silence. Disponível em <https://www.letras.mus.br/simon-e-garfunkel/36245/traducao.html>, acesso em 01.05.2022.

- 11 VIÉTEZ, Adrián. Visiones del Amor: Antonio Machado. Disponível em <https://www.zenda-libros.com/visiones-del-amor-antonio-machado/#:~:text=Miro%20alrededor%20y%20est%C3%A1n%20todos,de%20lo%20que%20uno%20piensa>, acesso em 01.05.2022.
- 12 CUNHA, Rogério Sanches. Lei do Femicídio: breves comentários. Disponível em www.jusbrasil.com.br, acesso em 16.04.2022.
- 13 Apud, Op. Cit.
- 14 Cf. COELHO, Gabriela. STF define tese autorizando pessoa trans a mudar nome sem cirurgia. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-ago-15/stf-define-tese-autorizando-pessoa-trans-mudar-nome-cirurgia>, acesso em 01.05.2022.
- 15 Barros explica a classificação dos crimes de acordo com a “especificação dos meios de execução”: “a) de forma livre: admitem inúmeros meios de execução”; “b) de forma vinculada: só podem ser executados através de meios especificados no tipo legal”. Cf. BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal – Parte Geral*. Volume 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 178.
- 16 Na área trabalhista, quanto ao “assédio moral” se afirma: “Desse modo, imprescindível se faz a intenção malévola de prejudicar, para que o ato seja ilícito e capaz de ensejar dano moral, pois não configura dano moral o mero aborrecimento ou o simples sentimento de dor do emprego. A intenção maliciosa do assediador deve ser límpida e transparente para ser considerada juridicamente relevante a ponto de ensejar reparação”. SOUZA JÚNIOR, José Rocha de, MORELLO, Evandro José. O Assédio Moral nas Relações de Trabalho: causas e consequências. Disponível em http://nippromove.hospedagemdesites.ws/anais_simposio/arquivos_up/documentos/art.s/9417f8b2b1c06a283755f255ce954227.pdf, acesso em 01.05.2022.
- 17 Cf. LOPES JÚNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 13-14.
- 18 A passagem é atribuída ao jurista nazista Helmut Nicolai. Para mais informações sobre o autor e sua atuação no Partido Nazista e na formulação das bases jurídicas desse regime medonho, vide: HOUSDEN, Martyn. *Helmut Nicolai and Nazi Ideology*. New York: St. Martin's Press, 1992, “passim”.
- 19 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Doutrina Penal Nazista*. Trad. Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Tirant lo Blanc, 2019, p. 42.
- 20 COLLINGWOOD, Robin George. *A Ideia de História*. Trad. Alberto Freire. Lisboa: Presença, 1972, p. 17.

- 21 HAIDT, Jonathan, LUKIANOFF, Greg. *La Transformación de La Mente Moderna*. Trad. Verónica Puertollano. Barcelona: Planeta, 2019, p. 52-53.
- 22 Op. cit., p. 76.
- 23 “Dizia-se ‘cego’ o causalismo porque a conduta, para esta corrente, não enxerga nada – não se destina a um fim”. CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 169.
- 24 SILVEIRA, Sidney. *Cosmogonia da Desordem*. Rio de Janeiro: Sidney Oliveira, 2018, p. 207.
- 25 ZAPATERO, Luís Arroyo. El Derecho Penal Español y la Violencia de Género en la Pareja. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 64, jan./fev., 2007, p. 113.
- 26 Op. cit., p.118.
- 27 HIRIGOYEN, Marie – France. A violência no casal. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006, “passim”.
- 28 ZAPATERO, Luís Arroyo. Op. cit., p. 112.
- 29 Explica Damásio: “Segundo o princípio da alternatividade, a norma penal que prevê vários fatos alternativamente, como modalidades de um mesmo crime, só é aplicável uma vez, ainda quando os ditos fatos são praticados, pelo mesmo sujeito, sucessivamente”. JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. Volume 1. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 115.
- 30 GILABERTE, Bruno. Análise da Lei nº 14.188/21: lesão corporal por razões de condição de sexo feminino e violência psicológica contra a mulher. Disponível em <https://profbruno-gilaberte.jusbrasil.com.br/art.s/1254533892/analise-da-lei-n-14188-2021-lesao-corporal-por-razoes-de-condicao-de-sexo-feminino-e-violencia-psicologica-contra-a-mulher> , acesso em 01.05.2022.
- 31 CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal Parte Geral*. 2ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 230.
- 32 Em acordo com nosso entendimento quanto a se tratar de crime material que admite a tentativa: Cf. GILABERTE, Bruno. Op. Cit.
- 33 ROSA, Alexandre Morais da, RAMOS, Ana Luisa Schmidt. A Criação do Tipo de Violência Psicológica Contra a Mulher (Lei nº 14.188/21). Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-jul-30/limite-penal-criacao-tipo-violencia-psicologica-mulher-lei-1418821> , acesso em 01.05.2022.
- 34 GILABERTE, Bruno. Análise da Lei nº 14.188/21: lesão corporal por razões de condição de sexo feminino e violência psicológica contra a mulher. Disponível em <https://profbruno-gilaberte.jusbrasil.com.br/art.s/1254533892/analise-da-lei-n-14188-2021-lesao-corporal-por-razoes-de-condicao-de-sexo-feminino-e-violencia-psicologica-contra-a-mulher> , acesso em 01.05.2022.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal – Parte Geral*. Volume 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CAMUS, Albert. *O Homem Revoltado*. Trad. Valerie Rumjanek. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.
- COELHO, Gabriela. STF define tese autorizando pessoa trans a mudar nome sem cirurgia. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-ago-15/stf-define-tese-autorizando-pessoa-trans-mudar-nome-cirurgia> , acesso em 01.05.2022.
- COLLINGWOOD, Robin George. *A Ideia de História*. Trad. Alberto Freire. Lisboa: Presença, 1972.
- CUNHA, Rogério Sanches. Lei do Femicídio: breves comentários. Disponível em www.jusbrasil.com.br , acesso em 16.04.2022.

- CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer “et al.” São Paulo: RT, 2002.
- FONTANA, Diogo. *A Exemplar Família de Itamar Halbmann*. Curitiba: Danúbio, 2018.
- GILABERTE, Bruno. Análise da Lei nº 14.188/21: lesão corporal por razões de condição de sexo feminino e violência psicológica contra a mulher. Disponível em <https://profbrunogilaberte.jusbrasil.com.br/art.s/1254533892/analise-da-lei-n-14188-2021-lesao-corporal-por-razoes-de-condicao-de-sexo-feminino-e-violencia-psicologica-contra-a-mulher>, acesso em 01.05.2022.
- HAIDT, Jonathan, LUKIANOFF, Greg. *La Transformación de La Mente Moderna*. Trad. Verónica Puertollano. Barcelona: Planeta, 2019.
- HIRIGOYEN, Marie – France. *A violência no casal*. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.
- HOUSDEN, Martyn. *Helmut Nicolai and Nazi Ideology*. New York: St. Martin's Press, 1992.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. Volume 1. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- JIMÉNEZ, Daniel. *Deshumanizando al Varón: Pasado, Presente y Futuro del Sexo Masculino*. EBook Kindle, 2019.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: RT, 2008.
- ROSA, Alexandre Morais da, RAMOS, Ana Luisa Schmidt. *A Criação do Tipo de Violência Psicológica Contra a Mulher (Lei nº 14.188/21)*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-jul-30/limite-penal-criacao-tipo-violencia-psicologica-mulher-lei-1418821>, acesso em 01.05.2022.
- SHATTUCK, Roger. *Conhecimento Proibido*. Trad. S. Duarte. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- SILVEIRA, Sidney. *Cosmogonia da Desordem*. Rio de Janeiro: Sidney Oliveira, 2018.
- SIMON & GARFUNKEL. *The Sound of Silence*. Disponível em <https://www.letras.mus.br/simon-e-garfunkel/36245/traducao.html>, acesso em 01.05.2022.
- SOMMERS, Christina Hoff. *La Guerra Contra Los Chicos: Cómo un feminismo mal entendido está dañando a los chicos jóvenes*. Trad. Lourdes Huanqui. EBook Lectulandia, 2014.
- SOUZA JÚNIOR, José Rocha de, MORELLO, Evandro José. *O Assédio Moral nas Relações de Trabalho: causas e consequências*. Disponível em http://nippromove.hospedagem-desites.ws/anais_simposio/arquivos_up/documentos/art.s/9417f8b2b1c06a283755f-255ce954227.pdf, acesso em 01.05.2022.
- VERDÉLIO, Andreia. *Cerca de 11 mil pessoas tiram a própria vida todos os anos no Brasil*. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-09/cerca-de-11-mil-pessoas-tiram-propria-vida-todos-os-anos-no-brasil>, acesso em 30.04.2022.
- VIÉTTEZ, Adrián. *Visiones del Amor: Antonio Machado*. Disponível em <https://www.zenda-libros.com/visiones-del-amor-antonio-machado/#:~:text=Miro%20alrededor%20y%20est%C3%A1n%20todos,de%20lo%20que%20uno%20piensa>, acesso em 01.05.2022.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Doutrina Penal Nazista*. Trad. Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Tirant lo Blanc, 2019.
- ZAPATERO, Luís Arroyo. *El Derecho Penal Español y la Violencia de Género en la Pareja*. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. n. 64, p. 99-127, jan./fev., 2007.



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

A indisponibilidade de bens na nova Lei de Improbidade Administrativa

por GINA COPOLA

“O réu deve ser ouvido antes da decisão sobre a necessidade ou não da indisponibilidade de bens, em atendimento aos princípios do contraditório da ampla defesa, e da presunção de inocência do acusado.”



Conforme é cediço, a novel Lei federal nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, introduziu relevantes e necessárias alterações na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei de Improbidade Administrativa.

E, nessa toada, significativas alterações foram introduzidas na Lei no que se refere à indisponibilidade de bens, e os imprescindíveis requisitos para sua decretação.

Reza o art. 16, da Lei nº 8.429/92, com a redação dada pela Lei nº 14.230/21:

“Art. 16 Na ação por improbidade administrativa poderá ser formulado, em caráter antecedente ou incidente, pedido de indisponibilidade de bens dos réus, a fim de garantir a integral recomposição do erário ou do acréscimo patrimonial resultante de enriquecimento ilícito.”

O dispositivo transcrito é cristalino ao rezar que a indisponibilidade visa apenas garantir a integral recomposição do erário ou do acréscimo patrimonial resultante de enriquecimento ilícito, o que evidencia que valores extras – como a pretensa multa, por exemplo – não podem ser incluídos no pedido, e muito menos no decreto de indisponibilidade.

E o § 3º, do art. 16, da LIA, reza que:

“Art. 16 (...)

§ 3º O pedido de indisponibilidade de bens a que se refere o *caput* deste artigo apenas será deferido mediante a demonstração no caso concreto de perigo de dano irreparável ou de risco ao resultado útil do processo, desde que o juiz se convença da probabilidade da ocorrência dos atos descritos na petição inicial com fundamento nos respectivos elementos de instrução, após a oitiva do réu em 5 (cinco) dias.”

O pedido de indisponibilidade apenas será deferido mediante a demonstração no caso concreto de perigo de dano irreparável ou de risco ao resultado útil do processo, ou seja, deve ser demonstrado o *periculum in mora*, ou o risco na demora.

E, portanto, se tal requisito não restar exaustivamente demonstrado na exordial, o Juiz não pode conceder a indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa.

Ou seja, a decretação de indisponibilidade de bens do acusado sem a farta demonstração de *periculum in mora* viola direito constitucional do acusado de dispor de seus bens.

Sobre o tema, já tivemos oportunidade de escrever em artigo intitulado “O afastamento in limine do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, e a indisponibilidade de bens em ações de improbidade administrativa. A prudência necessária”, e publicado no Boletim de Administração Pública Municipal, Fiorilli, dez./14, assunto 265; no Boletim de Recursos Humanos, da ed. Governet, fev./15, p. 112; na JAM Jurídica, jan./15, p. 77; no BDM, NDJ, abr./15, p. 261; na revista Fórum Administrativo Direito Público, fev./15, p. 29; na Síntese de Responsabilidade Pública, abr./maio/2015, p. 213; na Revista L&C, Consulex, maio/15, p. 44; e na Síntese Administração de Pessoal e Previdência do Agente Público, out./nov./2016, p. 17.

O egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em venerando acórdão citado por Mauro Roberto de Mattos, já decidiu que:

“Ação civil pública. Objetivo. Indenização por ato de improbidade administrativa em licitação pública. Liminar de indisponibilidade de bens do réu.

Indeferimento. Mera e genérica suposição do risco afirmado. *Periculum in mora* não configurado. Recurso não provido." (TJ/SP, JTJ, 178/188)" (*O Limite da improbidade administrativa*, 3. ed., América Jurídica, RJ, 2006, p. 624, com grifo original)

É exatamente o que se tem afirmado aqui: o *periculum in mora* para a decretação de indisponibilidade de bens do acusado deve estar configurado, sob pena da decretação ocorrer de forma arbitrária, e em absoluta afronta à Lei federal nº 8.429/92, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 14.230/21.

Além de tudo isso, não se pode admitir a violação ao direito de propriedade do acusado, com afronta ao art. 5º, inciso XXII, da Lei Maior, que também constitui direito fundamental, e cláusula pétreia.

O prejuízo do acusado com tal medida constritiva e a grande humilhação que lhe é imposta, torna-se irremediável, motivo pelo qual deve ser evitada pelo egrégio Poder Judiciário, se não estiver exaustivamente comprovado pelo autor da ação o dano irreparável ou de risco ao resultado útil do processo no pedido de indisponibilidade de bens.

Além disso, o juiz deve se convencer da probabilidade da ocorrência dos atos descritos na petição inicial, ou seja, o Juiz deve se convencer do *fumus boni juris*, da fumaça do bom direito.

Então para decretação da indisponibilidade de bens em ação de improbidade deve restar demonstrada a ocorrência dos dois requisitos: *fumus boni juris* e *periculum in mora*, conforme se depreende da leitura do art. 16, § 3º, da Lei nº 8.429/92, com a redação dada pela Lei nº 14.230/21, que apenas positivou o que a jurisprudência já vem decretando.

É o que se lê do v. acórdão do colendo Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial nº 769.350-CE, relator Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, julgado em 06/05/2008, com o seguinte excerto:

"2. Assim dita o art. 7º, parágrafo único, da Lei de Improbidade: "Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá à autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado. 3. A lei fala que cabe à autoridade administrativa representar ao Parquet para que este requeira a indisponibilidade de bens quando o ato causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito. Não quer dizer que a indisponibilidade será determinada nesta ocasião; apenas ressalta que, com a representação, cabe ao órgão ministerial analisar no bojo dos autos que instrumentalizam a ação civil pública, cabendo ainda ao juiz deferi-la ou não, se reconhecidos os pressupostos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, como reconhecidamente vem entendendo este Tribunal."

Salta aos olhos, portanto, que a jurisprudência já vinha decidindo – o v. acórdão acima é de 2008 – que a indisponibilidade de bens somente pode ser decretada se comprovada a existência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

E, ainda, o mesmo § 3º, do art. 16, acima transcrito, reza que a indisponibilidade de bens somente pode ser decretada após a oitiva do réu em 5 (cinco) dias.

E, o § 4º, a seu turno, reza que “a indisponibilidade de bens poderá ser decretada sem a oitiva prévia do réu, sempre que o contraditório prévio puder comprovadamente frustrar a efetividade da medida ou houver outras circunstâncias que recomendem a proteção liminar, não podendo a urgência ser presumida.”

Ou seja, a regra – e a exceção do § 4º não pode virar regra, em nome dos mais comezinhos princípios do direito, sobretudo o da ampla defesa e o da presunção de inocência do acusado – é a que o Juiz ouça o requerido em 5 (cinco) dias, para que, somente após tal oitiva, decida sobre a necessidade ou não da indisponibilidade de bens que deve cingir-se estritamente ao valor recomposição do erário ou do acréscimo patrimonial resultante de enriquecimento ilícito, sem um centavo a mais.

Com efeito, deve prevalecer o princípio da presunção de inocência do acusado, conforme já decidiu o e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no Agravo de Instrumento nº 2109790-94.2014.8.26.0000, rel. Des. Oscild de Lima Júnior, 11ª Câmara de Direito Público, julgado em 18/11/2014, com a seguinte ementa:

“IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Ação civil pública. Indisponibilidade de bens. Medida excepcional – Ausência de provas de que o agravante esteja a ocultar, desviar ou dilapidar seu patrimônio – Necessária para tanto cognição exauriente – Observância do princípio da presunção de inocência do acusado – Precedentes do STJ e deste Egrégio Tribunal. Recurso provido”

E no mesmo diapasão, decidiu o e. Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 769.350, rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma:

“Não fosse assim, só o fato do ajuizamento da ação civil pública de improbidade poderia ensejar, automaticamente, a indisponibilidade de todos os bens do réu, o que é inaceitável e foge da lógica jurídica, máxime quando contrastada essa hipótese com os princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório, presunção de inocência e razoabilidade”

Tem-se, portanto, que a nova Lei apenas positivou o que a jurisprudência já vinha decidindo há nos.

A decretação de indisponibilidade de bens sem a oitiva da parte e sem fundamento plausível patenteia violação ao art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, uma vez que não observa o devido processo legal.

Reza o indigitado dispositivo constitucional:

“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: (...)”

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (Grifamos)

E o devido processo legal, obviamente, é aquele em que é assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa, conforme determina o inc. LV, do mesmo art. 5º, da Lei Maior.

A doutrina pátria é no sentido de que a medida extrema de privação de bens pode ocorrer somente após o devido processo legal.

Vejam, nesse exato diapasão, ensinamento do saudoso constitucionalista Celso Ribeiro Bastos, e de Ives Gandra Martins:

“Embora o bem capital do homem continue a ser a liberdade, ninguém pode ignorar a importância representada pelo patrimônio na vida pessoal e familiar de cada um. Portanto, embora por vezes se faça presente que o Estado destitua alguém do domínio de determinado bem, *é necessário que esta medida de extrema gravidade se processe com as garantias próprias do “devido processo legal”.* (...)”

Finalmente há de consignar-se aqui a lição dos tratadistas mais modernos, que timbram em ver no “devido processo legal” mais do que uma garantia subjetiva do indivíduo, uma tutela do próprio processo. Com efeito, cada vez se consolida mais a ideia de que sobre os interesses unilaterais das partes, respeitáveis sem dúvida, sobrepõe, no entanto, uma de maior amplitude, que é o da tutela do próprio processo.” (*Comentários à Constituição do Brasil*, Vol. 2, Saraiva, SP, 1989, p. 263/4, com grifos nossos)

A lição transcrita – que tem mais de três décadas – é cristalina e elucidativa ao professar que qualquer privação de bens patrimoniais somente pode ocorrer após o devido processo legal, o que, sem sombra de dúvida, inclui sempre o necessário contraditório e a ampla defesa dos acusados.

No mesmo sentido, e de forma tão sucinta quanto esclarecedora, ensinam Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa, e Waldo Fazzio Júnior, em obra elaborada em conjunto pelos três renomados mestres e sobre improbidade administrativa. Vejam:

“O art. 5º, inciso LIV, da CF, estabelece como direito fundamental que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal, donde se conclui que a manutenção de bens e direitos, sem restrições, ainda que contestados por terceiros, é direito individual que se projeta no processo com um direito do réu. *Sem provimento judiciário final adotado no devido processo legal, ninguém será desapossado de seus bens.*” (*Improbidade Administrativa – Aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*, Atlas, SP, 1.996, p. 177. Grifamos)

O ensinamento – que foi publicado há vinte e cinco anos – é de clareza solar: sem provimento judiciário final, adotado no devido processo legal, ou seja, aquele em que foi conferido o direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa, não há que se falar em bloqueio ou indisponibilidade de bens.

Na mesma esteira ensina de forma elucidativa CARLOS MÁRIO VELLOSO FILHO, em obra em que é coautor, e publicada há vinte anos:

“Não é difícil perceber que ambas as cominações retromencionadas, importando privação de bens, só podem ser aplicadas após o devido processo legal, ante a expressa dicção do art. 5º, LIV, da Constituição Federal, onde se lê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (...)

A indisponibilidade só se legitima enquanto medida cautelar, destinada a assegurar o resultado útil do processo principal, pois do contrário atentaria contra os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (arts. 5º, LIV e LV, da CF).” (*Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais*, Malheiros, SP, 2001, p. 101, e p. 108, com grifos nossos)

E ainda no mesmo sentido são as irrepreensíveis lições de MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS:

“Somente com “fundados indícios de responsabilidade”, que significam dizer que eles poderão ser desconstituídos no curso da lide, com a devida dilação probatória e ampla defesa, é que será deferida a liminar de sequestro de bens” (*O Limite da improbidade administrativa*, 3. ed., América Jurídica, RJ, 2006, p. 620)

Tem-se, portanto, que a decisão que determina a indisponibilidade de bens de quem quer que seja sem sua necessária oitiva atenta contra os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, e a nova Lei de Improbidade Administrativa não deixa dúvidas sobre isto, ao positivar a necessidade de intimação do acusado para que seja ouvido em 5 dias, antes que o juiz decida sobre a necessidade ou não da indisponibilidade de bens.

Os valores bloqueados não podem ultrapassar o montante indicado na exordial, se houver mais de um réu na ação, conforme reza o § 5º, do art. 16, ao rezar que:

“Art. 16 (...)

§ 5º Se houver mais de um réu na ação, a somatória dos valores declarados indisponíveis não poderá superar o montante indicado na petição inicial como dano ao erário ou como enriquecimento ilícito.

Ou seja, não pode mais existir aquele bloqueio excessivo em que cada um dos réus sofria o bloqueio do valor relativo à totalidade do valor apontado na inicial, sendo que agora a somatória dos valores declarados indisponíveis não pode ultrapassar o valor do suposto dano ou enriquecimento ilícito, e qualquer valor a mais deve ser imediatamente desbloqueado, inclusive o relativo à pretensa multa.

Com efeito, o bloqueio deve recair estritamente sobre bens que assegurem o ressarcimento do suposto dano ao erário, e nada mais, e, portanto, não pode incidir sobre a multa civil, a ser eventualmente imposta, conforme consta do § 10, do art. 16:

“Art. 16 (...)”

§ 10. A indisponibilidade recairá sobre bens que assegurem exclusivamente o integral ressarcimento do dano ao erário, sem incidir sobre os valores a serem eventualmente aplicados a título de multa civil ou sobre acréscimo patrimonial decorrente de atividade lícita.”

O egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já decidiu que a indisponibilidade de bens dos réus deve ser limitada ao valor do suposto dano ao erário, conforme se lê do r. acórdão proferido em Agravo de Instrumento nº 2149245-66.2014.8.26.0000, rel. Des. HELOÍSA MARTINS MIMESSI, 5ª Câmara de Direito Público, julgado em 13/04/2015, com a ementa:

“Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública. Responsabilidade Civil por Atos de Improbidade Administrativa.

Indisponibilidade de bens dos réus. Possibilidade, desde que limitada ao valor do dano ao erário. Responsabilidade solidária, até instrução final. (...)

Excesso de bloqueio com relação a um dos agravantes.

Recurso provido em parte.”

E consta do v. voto condutor:

“Diante de tais circunstâncias, o total bloqueado deve ser, de fato, reduzido, sob pena de se onerar o acusado com a indisponibilidade de seus bens em montante superior ao permitido em lei.”

No mesmo sentido, é o venerando acórdão proferido no AI nº 2141962-89.2014.8.26.0000, relatora Des. MARIA OLÍVIA ALVES, julgado em 09/02/2015, que decidiu que:

“Indisponibilidade, todavia, que deve se limitar ao valor do dano ao erário.”

Tem-se, portanto, a alteração da Lei apenas positivou o que a jurisprudência já vem decidindo há anos.

A multa civil é a sanção pecuniária imposta em razão do dano experimentado pela Administração em decorrência da prática de atos de improbidade administrativa, e prevista no art. 12, da Lei.

Ocorre que tem sido extremamente comum a propositura de ações de improbidade administrativa com pedidos de medida liminar – ou tutela antecipada – de bloqueios de bens dos requeridos, e o pedido formulado pelo autor, via de regra, inclui o bloqueio do valor do suposto dano acrescido do valor pedido a título de multa civil, cujo montante deverá ser ao final arbitrado pelo Juiz, e não determinado pela parte autora.

Conforme é cediço em direito, a multa civil tem natureza sancionatória e não reparatória, e, assim, ela não pode ser incluída na indisponibilidade liminar, conforme a jurisprudência do e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem decidido.

É o que se lê do v. acórdão proferido no Agravo de Instrumento nº 2081578-58.2017.8.26.0000, rel. Desembargador Marcos Pimentel Tamassia,

1ª Câmara de Direito Público, julgado em 23 de outubro de 2017, com a seguinte ementa:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de improbidade administrativa – Decisão recorrida que decretou a indisponibilidade e o bloqueio dos bens, bem como suprimiu a fase processual de defesa prévia – (...) Decreto de indisponibilidade de bens – Possibilidade – Limitação – Exclusão da multa civil – Decisão reformada parcialmente – Recurso provido em parte”

E consta do v. voto condutor que cita precedente também desse c. Tribunal:

“Por consubstanciar medida voltada à garantia da plena efetividade do futuro julgado portanto, visando à manutenção de situação material à execução de eventual título executivo judicial, há que se reconhecer os seus limites, precisamente, no dano suportado pelo Erário.

Posto que os atos de improbidade sejam extremamente graves e vulnerem as balizas do Estado Democrático de Direito, não são eles suficientes à total supressão do direito de propriedade do agente ímprobo, de modo que o eventual decreto de indisponibilidade de bens deve se jungir ao dano apurado e/ou estimado, sem a inclusão da multa civil.

Isto porque a multa civil tem natureza sancionatória e não reparatória, e, assim, ela não pode ser incluída na indisponibilidade liminar, como já decidiu esta Corte Paulista:

“Além disso, mesmo que, no curso do processo, fique demonstrada plenamente a ocorrência do dano moral difuso, o fato é o que seu dimensionamento quantitativo fica na dependência de arbitramento judicial, o que torna temerária a fixação, no início do processo, de qualquer valor que sirva de base para promover a indisponibilidade.

O mesmo se diga com relação à multa civil, que, se for o caso, ostentará valor cuja fixação deve observar os princípios da proporcionalidade e da individualização, ou seja, dependente inteiramente de elementos de convicção aferíveis apenas no curso de regular instrução processual”. (Agravado de Instrumento nº 0237351-09.2012.8.26.0000, Rel. Des. Maria Olívia Alves, j. 29.7.2013, v.u.)” (com negritos e itálicos originais)

Ainda no mesmo exato sentido são os v. acórdãos proferidos por esse e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no AI nº 2067528-27.2017.8.26.0000, rel. Marcos Pimentel Tamassia, j. 04/10/2017 e AI nº 2038954-91.2017.8.26.0000, rel. Marcos Pimentel Tamassia, j. 25/07/2017, uma vez que, repita-se, a multa civil tem natureza sancionatória e não reparatória, e, assim, ela não pode ser incluída na indisponibilidade liminar.

Nesse mesmo diapasão, ainda, são os v. acórdãos:

a) AI 20364443720198260000, relatora Des. Luciana Bresciani, 2ª Câmara de Direito Público, julgado em 9/4/2019, com a seguinte ementa:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PEDIDO LIMINAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. Deferimento. Presença dos requisitos legais para concessão da medida, em menor extensão ao

deferido na r. Decisão agravada. Afastamento do valor correspondente à multa civil. Recurso parcialmente provido.”

b) AI 2146698-14.2018.8.26.0000, relator Des. Luís Francisco Aguilar Cortez, 1ª Câmara de Direito Público, julgado em 11/10/2018, com a seguinte ementa:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação civil pública de improbidade administrativa – Decreto de indisponibilidade de bens dos réus – Possibilidade – Art. 7º da Lei nº 8.429/92 – Medida assecuratória que pode ser decretada inaudita altera parte, prescinde de demonstração de prova de dilapidação do patrimônio e tem por objetivo dar efetividade a eventual indenização – Precedentes do STJ – Inicial que aponta a existência de direcionamento de licitação e superfaturamento em aquisições de produtos de higiene realizadas pelo Município de Pirapora do Bom Jesus – Indícios da prática do ato de improbidade reconhecidos – Bloqueio, contudo, que deve corresponder ao valor do prejuízo alegado pelo próprio autor, sem o cômputo de eventual multa civil, considerando a natureza sancionatória e não reparatória da penalidade – Recurso parcialmente provido.”

c) AI 2126039-81.2018.8.26.0000, relator Des. Luís Fernando Camargo de Barros Vidal, 4ª Câmara de Direito Público, julgado em 08/10/2018, com a seguinte ementa:

“Agravado de instrumento. Improbidade administrativa. Indisponibilidade de bens. Art. 7º da LIA. Medida de acautelamento do patrimônio público. Desnecessidade de prova do propósito de frustrar a execução. Limitação ao valor do possível prejuízo ao erário. Exclusão da pretensão do valor da multa civil. Medida sancionatória desprovida de caráter reparatório. Recurso parcialmente provido”

Ainda na mesma esteira, é o r. despacho proferido pela eminente Des. Heloísa Martins Mimessi, da 5ª Câmara de Direito Público, datado de 26/04/2017, e proferido no AI 2066719-37.2017.8.26.0000, que concedeu efeito suspensivo ao agravo interposto, nos seguintes termos:

“Concedo o efeito suspensivo parcial para extirpar do decreto de indisponibilidade o valor correspondente à multa, bem como, para determinar a intimação dos requeridos para apresentação de defesa preliminar, nos termos do art. 17, § 7º da LIA”

Além de tudo isso, a ordem de indisponibilidade somente deve recair sobre as contas bancárias na inexistência de outros bens, isso para que seja garantida a subsistência do acusado e manutenção da atividade empresária, conforme reza o § 11, do mesmo art. 16:

“Art. 16 (...)”

§ 11. A ordem de indisponibilidade de bens deverá priorizar veículos de via terrestre, bens imóveis, bens móveis em geral, semoventes, navios e aeronaves,

ações e quotas de sociedades simples e empresárias, pedras e metais preciosos e, apenas na inexistência desses, o bloqueio de contas bancárias, de forma a garantir a subsistência do acusado e a manutenção da atividade empresária ao longo do processo.

Isso porque o bloqueio de bens não pode ensejar a morte civil do acusado, conforme ensina o Ministro do e. Supremo Tribunal Federal, Enrique Ricardo Lewandowski. Vejamos:

“Cumpre notar, ademais, que a indisponibilidade de bens, via de regra decretada *inaudita altera parte*, constitui providência de excepcional gravidade, que acarreta pesados ônus morais e sociais aos atingidos, sem falar nos prejuízos de caráter econômico, assemelhando-se a verdadeira morte civil quando todo o patrimônio dos acusados é embargado.” (*Improbidade Administrativa – questões polêmicas e atuais*, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 162)

E, ainda, tem-se que é vedada a decretação de indisponibilidade da quantia de até 40 (quarenta) salários mínimos depositados em caderneta de poupança, em outras aplicações financeiras ou em conta-corrente, conforme reza o § 13, do art. 16, da Lei nº 8.429/92, com a redação dada pela Lei nº 14.230/21.

E, por fim, é vedada a decretação de indisponibilidade do bem de família do réu, salvo se comprovado que o imóvel seja fruto de vantagem patrimonial indevida, conforme o § 14, do mesmo art. 16, sendo que comprovação de vantagem patrimonial indevida deve ser robusta, e não pode ser fruto de meras suspeitas ou ilações.

Para concluir tem-se que a indisponibilidade de bens visa apenas garantir a integral recomposição do erário ou do acréscimo patrimonial resultante de enriquecimento ilícito, e para sua concessão devem restar demonstrados o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*, assim como o réu deve ser ouvido antes da decisão sobre a necessidade ou não da indisponibilidade de bens, em atendimento aos princípios do contraditório da ampla defesa, e da presunção de inocência do acusado.

Além disso, o valor indisponível deve ser limitado ao que corresponde ao suposto dano ou enriquecimento ilícito, sendo que se houver mais de um réu na ação, a somatória dos valores declarados indisponíveis não poderá superar o montante indicado na petição inicial como dano ao erário ou como enriquecimento ilícito, sendo que em tal valor não pode ser incluída a pretensão multa, que tem caráter sancionatório, e não reparatório. 



ARQUIVO PESSOAL

GINA COPOLA é Advogada militante em Direito Administrativo. Pós-graduada em Direito Administrativo pela FMU. Ex-Professora de Direito Administrativo na FMU. Autora dos livros *Elementos de Direito Ambiental*, Rio de Janeiro: Temas e Ideias, 2003; *Desestatização e terceirização*, São Paulo: NDJ – Nova Dimensão Jurídica, 2006; *A lei dos crimes ambientais comentada artigo por artigo*, Minas Gerais: Editora Fórum, 2008, e 2. ed. em 2012, *A improbidade administrativa no Direito Brasileiro*, Minas Gerais: Editora Fórum, 2011, *Comentários ao Sistema Legal Brasileiro de Licitações e Contratos Administrativos*, coautora, pela ed. NDJ – Nova Dimensão Jurídica, São Paulo, 2016, *Defesas em Juízo e nos Tribunais de Contas – Improbidade Administrativa*, coautora, pela ed. Fórum, MG, 2021, e, ainda, autora de diversos artigos sobre temas de direito administrativo e ambiental, todos publicados em periódicos especializados.

A Portaria do MTP nº 620/2021 e a sua inconstitucionalidade

POR VANESSA ROCHA FERREIRA E KAIO NASCIMENTO RODRIGUES



“O entendimento do STF se dá pela suspensão dos efeitos dos dispositivos da portaria que abordam tais elementos e pela necessidade da vacinação obrigatória, que será responsável por minimizar o contágio, o número de óbitos e garantir a saúde da população.”

Em 2020, o mundo vivenciou os impactos ocasionados pela Pandemia da Covid-19, provocada por um vírus altamente contagioso (SARS-CoV-2). Tal Pandemia foi responsável pela morte de milhares de pessoas. Diante disso, o Governo Federal Brasileiro implementou algumas normas para reduzir a contaminação e os impactos sociais, destacando-se no âmbito do trabalho as Medidas Provisórias nº 927/2020 e nº 936/2020. No

mesmo sentido agiram os diversos entes federativos. Os Governos Estaduais adotaram o isolamento social como estratégia para controlar a propagação da doença e seus efeitos.

Após meses, verificou-se que o isolamento social contribuía para o controle do contágio, mas, uma alternativa ainda mais eficaz seria a aplicação de vacinas. Por isso, diversos países investiram em campanhas de vacinação, que apresentaram ótimos resultados em relação a redução de mortes e contaminação.

No Brasil, embora a implementação da campanha de vacinação tenha sido tardia – em decorrência de questões políticas – também foi constatado, após o início do Programa, o controle das taxas de óbito e infecção.

Observa-se, porém, que parte dos brasileiros ainda mantém uma certa resistência em relação a essa vacinação, seja por questões religiosas, ideológicas ou mesmo políticas. É nesse contexto que o Ministério do Trabalho e Previdência editou a Portaria nº 620, de 1º de novembro de 2021, que recebeu diversas críticas em virtude de o art. 1º, § 2º, entender que é discriminatória a conduta do empregador que exigir comprovante de vacinação de seus empregados, seja no ato de admissão ou durante o curso do contrato de trabalho, além de não poder ser requisito para fundamentar a dispensas por justa causa.

Em virtude da polêmica gerada em torno da Portaria, que foi considerada inconstitucional pela maioria dos juristas brasileiros, faz-se necessário examiná-la a fim de demonstrar em que medidas ela contraria o ordenamento jurídico brasileiro.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA PORTARIA Nº 620/2021

O art. 1º da Portaria nº 620/2021 foi responsável por prever a impossibilidade de o empregador exigir comprovante de vacinação durante a contratação de empregados, como requisito para a manutenção dos postos de trabalho, ou mesmo de se utilizar desse argumento para justificar a dispensa por justa causa. Essa premissa gerou discussões no âmbito jurídico na medida em que os juristas alegaram a inconstitucionalidade formal e material da norma.

Em relação a formalidade, essa propositura está em desacordo com o regramento legal brasileiro, uma vez que Portarias são utilizadas para regulamentar direitos. Conforme Celso Antônio (2015), a portaria é um instrumento pelo qual autoridades inferiores ao nível de Chefe do Poder Executivo transmitem decisões de efeito interno, tanto relacionadas ao funcionamento da administração pública quanto da conduta de servidores, aos seus subordinados.

No que se refere a materialidade, a CFRB/88 resguarda o direito ao meio ambiente de trabalho adequado e seguro em seus arts. 196, 200, II e VIII e 225. Nesse contexto, há o entendimento que atribui a responsabilidade pela manutenção do estabelecimento ao empregador, segundo Garcia (2019). Todavia, a portaria mencionada lhe retira essa prerrogativa, na medida em que a possibilidade de um empregado não vacinado exercer suas funções representa um grande risco aos demais funcionários e, por isso, uma incoerência ao texto constitucional.

É válido incluir nesse segmento uma análise sobre o conflito entre o direito a saúde coletiva e a liberdade individual, visto nesse contexto. Ao aplicar a

ponderação de Alexy (2016) é possível concluir que priorizar a saúde coletiva é mais adequado, necessário e razoável nessa circunstância, por se tratar de um direito essencial ao ser humano. Um raciocínio semelhante a este pode ser desenvolvido, em interpretação análoga, tendo como referência o art. 8º, da CLT, que dispõe que as decisões que versam sobre o âmbito do trabalho serão proferidas sempre de modo que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

É importante destacar também que o teor da Portaria contraria o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), o qual decidiu que a vacinação contra a Covid-19 é constitucional, em 17/12/2020. Esse precedente foi estabelecido após o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.586 e nº 6.587, nas quais foi analisado o reconhecimento da obrigatoriedade da vacinação, e do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 1267879, no qual foi debatido o direito à recusa à imunização. As sentenças reconheceram que a vacinação obrigatória difere da forçada, de modo que o indivíduo pode recusar a imunização, mas poderão ser implantadas medidas indiretas de coerção, como a restrição da entrada em alguns ambientes, a exemplo do que já está sendo implementado em alguns Tribunais, a exemplo do TRT da 8ª Região.

Confirmando tudo o que foi exposto acima, é importante mencionar que o portal do STF (STF, 2021) divulgou que Luís Roberto Barroso, Ministro do Supremo Tribunal Federal, suspendeu os trechos da portaria supracitada que considerava como prática discriminatória a exigência de certificado de vacinação em processos de contratação e a demissão por justa causa em razão da não apresentação do documento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante disso, é possível concluir que a campanha de vacinação não foi amplamente recepcionada por toda população brasileira, embora seja necessária ao controle da Covid-19. Nesse contexto, foi verificada colisão de interesses de dois grupos, sendo o primeiro composto pela parcela de pessoas a favor da imunização e que concordam tanto com as medidas adotadas pelos Governos Estaduais quanto com o posicionamento do STF sobre a questão; o segundo é formado pelo grupo que recusa a vacinação e é a favor das diretrizes proferidas pelo Governo Federal.

Esse conflito pode ser visto em várias esferas sociais, dentre as quais está o âmbito do trabalho. Nesse setor, grandes debates giraram em torno da possibilidade de empregados, que não se vacinaram, adentrarem e exercerem suas funções no ambiente de trabalho coletivo. Em decorrência dessa polêmica, o Governo Federal emitiu a Portaria nº 620/2021, a qual estabeleceu que se constitui em ato discriminatório a exigência do empregador de comprovante de vacinação de seus funcionários e fundamentar a dispensa por justa causa na ausência do documento.

Todavia, a parcela majoritária dos juristas brasileiros declarou inconstitucional tal instrumento por não atender a critérios de formalidade e materialidade.

No que tange a formalidade, a portaria é incoerente na medida em que gera direitos, e no que se refere a materialidade ela mostra-se incompatível com o conteúdo normativo das normas constitucionais e previstas na CLT.

Por fim, cabe destacar que o entendimento do STF se dá pela suspensão dos efeitos dos dispositivos da portaria que abordam tais elementos e pela necessidade da vacinação obrigatória, que será responsável por minimizar o contágio, o número de óbitos e garantir a saúde da população. 

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, 2015. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>>. Acesso em: 12 nov. 2021
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988
- BRASIL. *Consolidação das Leis Trabalhistas*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 12 nov. 2021.
- G1. COVID: Barroso suspende parte da portaria do governo que impedia demissão de quem não se vacinar. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/11/12/barroso-derruba-trechos-de-portaria-do-governo-que-impede-demissao-de-trabalhador-sem-vacina-contracovid.ghtml>. Acesso em: 12 nov. 2021.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário decide que vacinação compulsória contra Covid-19 é constitucional. *Notícias STF*, 17 dez. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457462&ori=1>. Acesso em: 12 nov. 2021
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Barroso suspende portaria que impede demissão de trabalhador não vacinado. *Notícias STF*, 12 nov. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=476523&ori=1>. Acesso em: 22 nov. 2021.
- TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 2ª REGIÃO. TRT-2 confirma justa causa de auxiliar de limpeza que se recusou a tomar vacina contra COVID-19. *Notícias TRT-2*. 22 jul. 2021. Disponível em: https://ww2.trt2.jus.br/noticias//noticias/noticia/news/trt-2-confirma-justa-causa-de-auxiliar-de-limpeza-que-se-recusou-a-tomar-vacina-contracovid-19/?-tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=6e-7157a46e8463e5ccb61cb21be600db. Acesso em 22 nov. 2021.
- TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 8ª REGIÃO. TRT8 inicia novembro com a retomada do trabalho presencial em todas as unidades: Comprovante de vacinação é exigido para retorno. *Notícias TRT-8*. 05 nov. 2021. Disponível em: <https://www.trt8.jus.br/noticias/2021/trt8-inicia-novembro-com-retomada-do-trabalho-presencial-em-todas-unidades>. Acesso em: 29 nov. 2021.



ARQUIVO PESSOAL

VANESSA ROCHA FERREIRA é Doutora em Direitos Humanos (USAL/Espanha). Mestre em Direitos Fundamentais (Unama/PA). Professora da Graduação e Mestrado do Curso de Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Coordenadora do Grupo de Pesquisa em Trabalho Decente (CNPq-CESUPA)



ARQUIVO PESSOAL

KAIIO NASCIMENTO RODRIGUES é Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Membro do Grupo de Pesquisa em Trabalho Decente (CESUPA/CNPq). Bolsista PIBIC (CNPq).

A person in a dark blue suit and tie is shown from the chest up, with their hands held out in front of them. A glowing, translucent blue brain icon is positioned between their hands, appearing to be held or presented. The background is dark with bokeh light effects.

Cláusula de cessão ou licenciamento de direitos: tópicos para observar

POR NICHOLLAS ALEM

“O licenciamento ou cessão ocorre a título gratuito ou mediante algum pagamento? Qual a forma desse pagamento? Qual o prazo e condições?”

Recentemente, um autor queria autorizar alguns de seus textos para um site e tinha dúvidas de como fazer isso. Sem consultar um advogado, preparou um “Termo de Compromisso”, com uma previsão mais ou menos assim: “O SITE se compromete a respeitar os direitos patrimoniais e morais do AUTOR, nos termos da Lei nº 9.610/98.” Será que isso é suficiente para regularizar a relação das partes? Infelizmente, não. E termos mal redigidos ou mal adaptados são muito comuns no meio criativo.

Uma redação ruim envolvendo direitos autorais pode trazer diversos problemas de interpretação e de efeitos jurídicos indesejados. Isso ocorre porque a Lei, além de estabelecer certos parâmetros para a transferência dos direitos patrimoniais do autor, também dá algumas “soluções” quando as partes “se esquecem” de trazer certas previsões. Logo, pode ser que o contrato assinado não represente aquilo que foi efetivamente combinado.

Neste artigo, queremos mencionar os tópicos importantes que uma cláusula envolvendo esse tipo de operação deve ter. Vamos lá:

– **Operação:** Há duas operações comuns envolvendo direitos patrimoniais de autor: o licenciamento e a cessão. O licenciamento é uma forma de autorização e normalmente serve para escopos de uso definidos, temporários e não exclusivos. A cessão, por outro lado, é uma forma de transferência da titularidade dos direitos, servindo normalmente para casos de exclusividade. O cessionário (aquele que recebe) efetivamente vira o novo “dono” (titular) dos direitos cedidos durante o prazo e para aquelas modalidades de aproveitamento previstas no contrato. Existem outras diferenças técnicas e conceituais de ambas, mas não trataremos disso agora.

– **Total ou parcial:** Estamos falando de toda a obra ou de partes desta? A operação também pode tratar de um elemento específico da obra, por exemplo, um personagem.

– **Localidade / Território:** Qual o território que a obra poderá ser utilizada ou explorada? Neste caso, devemos observar que usos na internet podem ser acessados em qualquer lugar do mundo, de modo que a delimitação de território precisa ser feita com mais cuidados se for o caso.

– **Tempo:** Por quanto tempo a obra pode ser usada? Mesmo a *cessão*, que possui uma “natureza mais definitiva” da transferência de direitos, pode ser temporária.

– **Mídias:** Em quais mídias a obra pode ser publicada, distribuída e explorada (TV aberta, cinema, sites, mídia impressa, publicações etc.)?

– **Modalidades e formas de utilização:** O que o licenciado ou cessionário pode fazer com a obra? Publicar, reproduzir, fazer tiragens, editar, traduzir, adaptar etc.?

– **Finalidades:** Para quais finalidades aquela obra está sendo cedida e/ou licenciada? Publicação em um site, adaptação para um filme, uma exibição gratuita etc.?

– **Condições:** As partes podem definir certas condições específicas para viabilizar o licenciamento e/ou a cessão. Por exemplo, o crédito pelo uso deve estar inserido de uma maneira A ou B...

– **Revogável ou irrevogável:** O autor pode se arrepender ou cancelar o licenciamento ou cessão? Existe algum acontecimento que pode fazer com que o licenciamento/cessão sejam cancelados?

– **Quantidade de usos/tiragem:** O licenciamento ou cessão possui alguma limitação de quantidade? Por exemplo, o autor pode autorizar a edição de seu livro para uma tiragem de 1000 exemplares.

– **Onerosa ou gratuita:** Por fim, o licenciamento ou cessão ocorre a título gratuito ou mediante algum pagamento? Qual a forma desse pagamento? Qual o prazo e condições?

É claro que cada uma dessas questões pode ter diversos dobramentos específicos e peculiaridades, que podemos tratar em outra ocasião. Nossa intenção era apenas sugerir um guia para que os profissionais criativos possam consultar ao se deparar com uma cláusula dessa natureza.

Por fim, como faríamos uma autorização para o caso acima? Uma sugestão: “O AUTOR licencia o SITE a publicar os textos de sua autoria, relacionados na cláusula seguinte, a título total, revogável, não exclusivo e gratuito, pelo prazo de [xx] anos, no site “xxxxx”. Fica vedada qualquer forma de alteração, transformação, supressão, inserção ou edição dos textos. Por se tratar de publicação na internet, os textos poderão ser acessados no mundo. A licença não autoriza quaisquer outros usos que não previstos expressamente nesta cláusula, que deverão ser previamente autorizados pelo AUTOR.” 📄



NICHOLLAS ALEM é Advogado, fundador e presidente do Instituto de Direito, Economia Criativa e Artes. Especialista em Direito do Entretenimento. Consultor da UNESCO em equipamentos culturais. Atuou na construção do Programa Municipal de Economia Criativa de São Bernardo do Campo. Membro da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (ABPI) e certificado pelo CopyrightX de Harvard.

O roubo da identidade



POR PAULO EDUARDO AKIYAMA

“Ao invés de o PIX vir para facilitar a todos, está criando um enorme problema para muitas pessoas, aquelas que são vítimas do golpe de vendas e as vítimas que têm suas identidades roubadas.”

O que seria o roubo de identidade? Não é o roubo de seus documentos, mas da sua personalidade como cidadão, de sua privacidade, de seus sigilos financeiros.

Me lembro quando nos idos anos de 2005 acompanhava uma série de televisão em que um dos personagens teve sua identidade roubada e começaram seus terríveis pesadelos, ações na corte americana de cobranças, problemas com a polícia, inclusive sendo presa indevidamente.

O que acontece hoje em nosso país é o roubo de identidade dos cidadãos brasileiros, quando pessoas mal-intencionadas de posse de números dos documentos, RG, CPF e nome completo, baixam aplicativos de supostos bancos virtuais e abrem uma conta corrente.

Por que supostos bancos virtuais? Muitos bancos virtuais em seus APP e *website* induzem as pessoas acreditarem tratar-se de um banco quando, na verdade, são empresas de pagamentos autorizadas a operarem no sistema PIX.

Atualmente o Banco Central possui mais de 760 empresas cadastradas para trabalharem com o sistema PIX, sendo emissores e receptores das transferências de numerários via esta modalidade recém-inaugurada.

Ainda há mais de 60 empresas aguardando a homologação ou autorização do BACEN para atuarem nesta atividade.

Geralmente os meliantes que se utilizam deste tipo de golpe, invadem um perfil de uma empresa que vende no Instagram, por exemplo, e abrem uma conta em uma destas operadoras de meios de pagamentos, anunciam a venda neste *post* falso de algum produto por um preço muito atrativo, abaixo do mercado, e fornecem os dados para pagamento da conta também fraudada.

Após decorrido o prazo para que o comprador receba a mercadoria, ele se dá conta de que foi lesado, comparece a uma delegacia de polícia, abre um boletim de ocorrência e representa na mesma data.

É nessa situação quando a pessoa que teve sua identidade roubada é informada que há um inquérito policial que está apurando a má conduta.

Começa assim o pesadelo daquele que roubaram a identidade.

Como algumas empresas de meio de pagamento limitam o volume de transferências, os meliantes abrem contas em diversas outras, e com o passar do tempo inicia-se uma nova maratona do cidadão que teve sua identidade roubada, torna-se um martírio, uma penitência sem fim e cada dia mais problemas.

Você busca socorro junto ao Banco Central do Brasil e este diz que não tem como fiscalizar ou fazer qualquer coisa, mas o número do seu CPF está rodando como chave de PIX para os meliantes aplicarem cada vez mais golpes.

Muitos pensavam, antes deste artigo, que o PIX era autorizado apenas aos bancos comerciais, instituições autorizadas a funcionar como bancos pelo Banco Central do Brasil. Ledo engano, estas empresas de meios de pagamento, de crédito direto, algumas cooperativas, estão habilitadas pelo Banco Central a operar com o PIX.

Ao invés de o PIX vir para facilitar a todos, está criando um enorme problema para muitas pessoas, aquelas que são vítimas do golpe de vendas e as vítimas que têm suas identidades roubadas.

Mais uma informação importante, caso seja vítima de roubo de identidade, dificilmente conseguirá contato direto com estas empresas de pagamento, pois em sua maioria não atendem pessoas físicas.

Vale ainda acrescer que a fragilidade do sistema favorece a lavagem de dinheiro, passando de uma conta para outra sem deixar rastros significativos.

Os golpes dados pelo WhatsApp muitas vezes utilizam uma conta digital para pagamento, certamente contas de empresas de meios de pagamento.

Não há segurança no sistema para a abertura de conta nestas empresas, basta baixar o APP e preencher um formulário básico sem precisar enviar cópia dos documentos e nem a foto do correntista. 



PAULO EDUARDO AKIYAMA é formado em economia e em direito desde 1984. É palestrante, autor de artigos e atua com ênfase no direito empresarial e direito de família.

A gestão patrimonial em caso de incapacidade civil de seu titular

POR FELIPE RUSSOMANO E JULIA SPINARDI

“A gestão patrimonial em caso de incapacidade de seu titular é assunto delicado, mas que pode ser organizado previamente.”

Imagine-se empresário, à frente de grande grupo econômico, que é subitamente acometido por doença incapacitante. Pela ordem legal, sua esposa, que sempre se dedicou aos afazeres domésticos, do dia para a noite, é nomeada sua curadora e passa a comandar negócios com os quais nunca teve familiaridade. Paralelamente, os filhos impugnam judicialmente a sua nomeação e, em razão da cizânia familiar, é nomeado um terceiro, estranho à família, para conduzir os negócios. Para piorar, no curso do processo de interdição, medidas inafastáveis precisam ser tomadas, como o aporte de significativos valores nas sociedades, sob pena de prejuízo à atividade empresarial, mas, em face do embate, o Poder Judiciário não autoriza a prática de atos societários.

Histórias como essa, em que alguém não pode praticar os atos de sua vida civil, certamente não são raras. Nessas condições, a gestão patrimonial deve ser confiada a quem for nomeado pelo Poder Judiciário. A pessoa incapacitada sujeita-se, então, à curatela (interdição) e quem exerce a administração do patrimônio é o curador.



A questão atinge contornos complexos se for considerado que o art. 1.775 do Código Civil prevê a ordem de quem está legitimado ao exercício da curatela. Assim, o cônjuge ou companheiro, não separado de fato ou de direito, é prioritariamente curador. Na sua falta, são chamados pai ou mãe e, sucessivamente, os descendentes.

A ordem legal pode descortinar embates dentro dos núcleos familiares, seja porque o cônjuge/companheiro não tem a confiança dos filhos da pessoa enferma, seja porque quem é nomeado não tem familiaridade com a gestão dos bens, expondo-os a riscos.

O legislador previu mecanismos que protejam o patrimônio da pessoa incapaz – fiscalização da curatela pelo Ministério Público, dever de periodicamente serem prestadas contas do exercício da curatela, necessidade de autorização judicial para alienação de bens – mas que, por outro lado, travam-no. Ainda, esses instrumentos de proteção não tornam *expert* em assuntos societários uma pessoa sem qualificação, assim como não garantem uma gestão que vise ao melhor interesse de seu titular.

Diante de situações como essa, a doutrina vem se dedicando a estudar a viabilidade de instrumentos jurídicos que salvaguardem a condução dos negócios de alguém durante a sua convalescência. Nesse sentido, passou-se a admitir que, no gozo de suas faculdades mentais, o titular do patrimônio possa apontar quem ele gostaria que administrasse o patrimônio e outras medidas a serem tomadas em eventual incapacidade, inclusive no período entre a constatação da doença incapacitante e a nomeação judicial de curador, sobretudo porque não se pode perder de vista que a morosidade judicial ou o dissenso entre os familiares pode impedir a tomada de decisões urgentes e inafastáveis, o que pode importar prejuízos ou até mesmo a bancarrota patrimonial.

Por isso, a indicação de curador (ou de conselho curador), a recomendação de medidas patrimoniais e societárias que deverão ser tomadas em eventual incapacidade e a nomeação de quem deverá responder, e em qual medida, pelo patrimônio da pessoa enferma até a nomeação judicial de curador se mostram possíveis e, mais do que isso, recomendáveis, dados os desdobramentos legais advindos da incapacidade de seu titular, somados aos potenciais litígios intra-familiares. Embora a nomeação de curador seja prerrogativa do Poder Judiciário, a manifestação de vontade do titular do patrimônio, a pessoa que melhor o conhece, garante importante embasamento para as decisões judiciais, razão pela qual vem sendo amplamente aceita nesses casos.

Como se pode ver, a gestão patrimonial em caso de incapacidade de seu titular é assunto delicado, mas que pode ser organizado previamente. Desse modo, é recomendável que seja consultado profissional especializado para que, após verificar as peculiaridades do caso concreto, possa ser proposta a solução jurídica mais adequada para instrumentalização da vontade de seu titular e perenização do patrimônio. ✍



ARQUIVO PESSOAL

FELIPE RUSSOMANO é Advogado em Planejamento Patrimonial e Sucessório – Família e Sucessões.

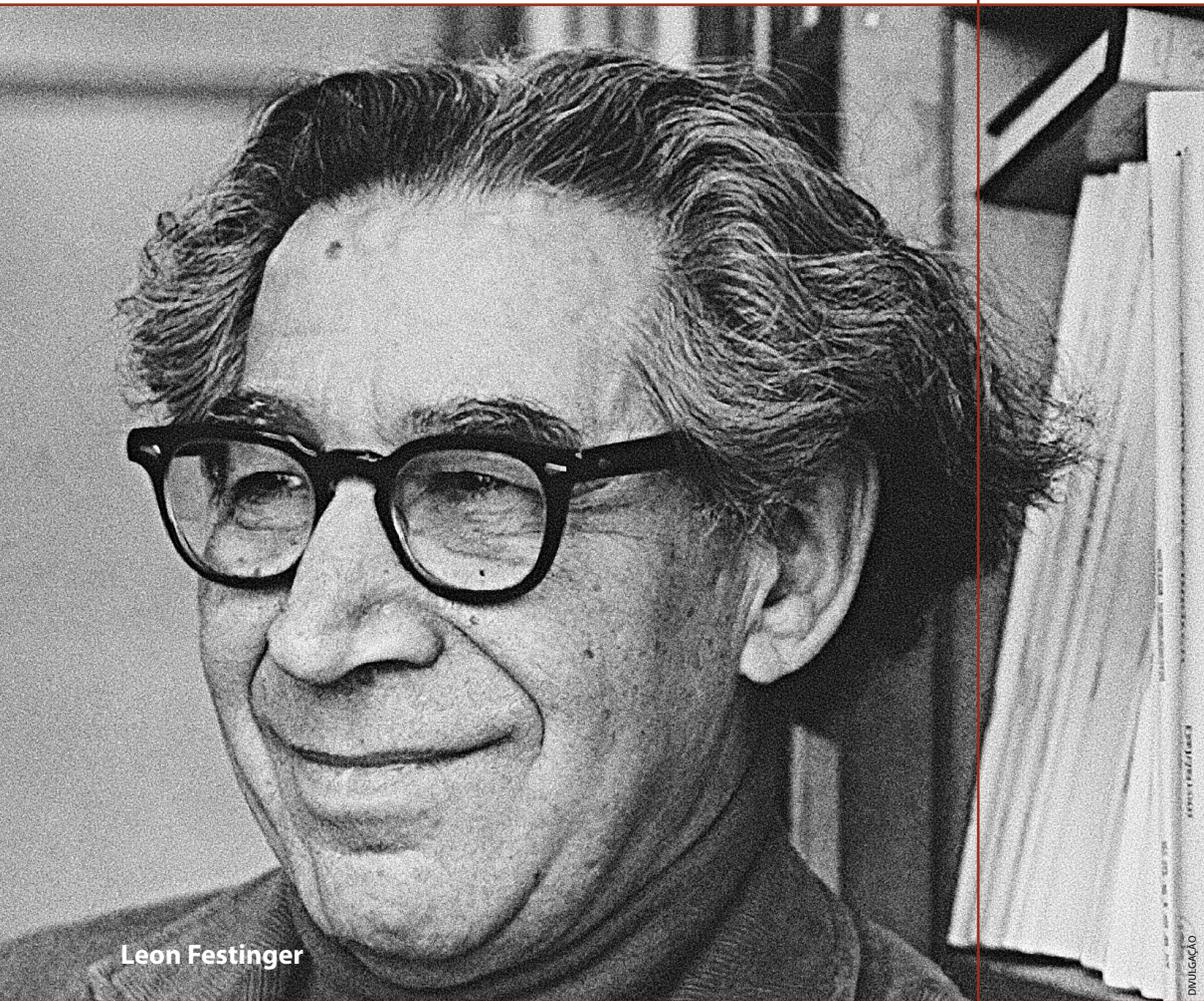


ARQUIVO PESSOAL

JULIA SPINARDI é Advogada em Planejamento Patrimonial e Sucessório – Família e Sucessões.

O juiz penal e a Teoria da Dissonância Cognitiva

POR RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA



Leon Festinger

“Segundo Festinger, “o ponto importante a recordar é que existe pressão para que se produzam relações consonantes entre cognições e para que se evite ou reduza a dissonância.” A dissonância, uma vez criada, tende a persistir e “não existe garantia alguma de que a pessoa esteja apta a reduzir ou remover a dissonância.””

No final dos anos cinquenta do século passado, o psicólogo norte-americano Leon Festinger formulou e desenvolveu a Teoria da Dissonância Cognitiva, importantíssima contribuição da Psicologia para outras áreas do conhecimento humano, incluindo o Direito. Professor nas universidades de Iowa, Rochester, Minnesota, Stanford e Michigan e no Instituto Tecnológico de Massachusetts, o Professor Festinger lecionou também na New School for Social Research, de Nova York.

O seu livro “A Theory of Cognitive Dissonance” foi publicado originalmente no ano de 1957, pela Stanford University Press; no Brasil, foi publicado pela primeira vez em 1975, pela Zahar Editores.

Segundo a teoria do Professor Festinger – empiricamente formulada –, “o indivíduo esforça-se por realizar um estado de coerência consigo mesmo, existindo a mesma espécie de coerência entre o que uma pessoa sabe ou crê e o que faz.”

Substituindo a palavra “incoerência” por “dissonância” e a palavra “coerência” por “consonância”, ele explica que “a existência de dissonância, ao ser psicologicamente incômoda, motivará a pessoa para tentar reduzi-la e realizar a consonância, evitando ativamente situações e informações suscetíveis de aumentar a dissonância.”

Assim, “a dissonância cognitiva pode ser considerada uma condição antecedente que leva à atividade orientada para a sua redução, tal como a fome conduz à atividade orientada no sentido de redução da fome.”

Ora, diz Festinger, “como a redução da dissonância é um processo básico nos seres humanos, não surpreende que as suas manifestações possam ser observadas em tão grande variedade de contextos.”

Segundo Festinger, “o ponto importante a recordar é que existe pressão para que se produzam relações consonantes entre cognições e para que se evite ou reduza a dissonância.” A dissonância, uma vez criada, tende a persistir e “não existe garantia alguma de que a pessoa esteja apta a reduzir ou remover a dissonância”: é o que ele denomina de “persistência da dissonância”.¹

Nos anos oitenta, o jurista alemão Bernd Schünemann, valendo-se da teoria festingeriana, formulou o que ele chama de hipótese do pré-julgamento, testando-a também empiricamente “por meio de uma série de experiências de ciências sociais, nas quais as circunstâncias do processo penal alemão deveriam ser reproduzidas tão fidedignamente quanto possível.”

Para Schünemann – a partir de dados e números experimentalmente comprovados – “se os juízes penais, antes da audiência, tiverem conhecimento dos autos, eles condenarão com maior frequência que juízes sem esse conhecimento; e, existindo conhecimentos dos autos, serão cometidos na audiência mais erros no armazenamento das informações que contradizem os autos do que no caso em que inexista esse conhecimento.”

Segundo ele, o juiz que teve conhecimento anterior de informações sobre o caso penal (lendo, por exemplo, os autos da investigação criminal preliminar) tende a superestimar as informações que confirmam a hipótese já aventada e mentalmente sedimentada, “enquanto as informações contrárias são sistematicamente menosprezadas”: trata-se do efeito inércia ou perseverança, “um mecanismo de autoconfirmação de hipóteses”.

Assim, o Juiz penal que teve acesso ao procedimento da investigação criminal (um material absolutamente precário do ponto de vista probatório) procura, “predominantemente, informações que confirmem a hipótese que, em algum momento prévio, fora aceita (‘acolhida pelo ego’), tratem-se elas de informações consonantes ou de informações dissonantes, desde que sejam facilmente refutáveis, de modo que elas acabem tendo um efeito igualmente confirmador”: é o princípio da busca seletiva de informações.

De tal maneira, “uma vez que a leitura dos autos faz surgir no juiz uma imagem do fato, é de se supor que, tendencialmente, o juiz a ela se apegará de modo que ele tentará confirmá-la na audiência, isto é, tendencialmente deverá superestimar as informações consonantes e menosprezar as informações dissonantes.”

Conclui, então, Schünemann, que “o processamento de informações pelo juiz é em sua totalidade distorcido em favor da imagem do fato que consta dos autos da investigação e da avaliação realizada pelo ministério público, de modo que o juiz tem mais dificuldade em perceber e armazenar resultados probatórios dissonantes do que consonantes, e as faculdades de formulação de perguntas que lhe assistem são usadas não no sentido de uma melhora do processamento de informações, e sim de uma autoconfirmação das hipóteses iniciais.”²

Aqui, lembra-se, outrossim, a referência ao “pensamento paranóico” de que falava Franco Cordero, que leva o Juiz (considerando o primado da hipótese sobre os fatos) a buscar diretamente a prova para confirmar a sua hipótese, ainda que o faça de ofício e sem a iniciativa indispensável das partes, como exige o princípio acusatório.³

Portanto, a Teoria da Dissonância Cognitiva é mais um reforço, desde as lições da Psicologia, para a necessidade de se implantar no processo penal brasileiro o Juiz das Garantias, já previsto nos arts. 3º-B e seguintes do Código de Processo Penal, cuja eficácia está suspensa por uma liminar concedida há mais de dois anos pelo Ministro Luiz Fux, sem data para julgamento das respectivas ações diretas de inconstitucionalidade.

Aliás, a competência do Juiz das Garantias, ao contrário do que já está previsto no Código de Processo Penal (arts. 3º-B, XIV e 3º-C), deveria se limitar exclusivamente à fase investigatória, deixando para um “segundo” Juiz a competência para uma fase intermediária de recebimento ou rejeição da peça acusatória; admitida que fosse a acusação, agora sim, os autos seriam finalmente enviados ao “terceiro” Juiz, a quem competiria

determinar a citação do acusado, analisar a resposta preliminar e, se não fosse o caso de absolvição sumária (art. 397, CPP), designar audiência para a instrução e o julgamento, respeitando-se sempre o princípio da identidade física do Juiz (art. 399, § 2º, do Código de Processo Penal).

Do contrário, na forma como está previsto, a tendência será quase sempre que o Juiz das Garantias receba a denúncia ou a queixa, confiando na avaliação feita pelo acusador, conforme demonstrado no referido estudo de Schünemann: “a existência de uma denúncia oferecida pelo promotor já leva a uma avaliação da ‘justa causa’ negativa para o acusado”, ainda que o Ministério Público, “numa situação ambivalente, tome uma decisão duvidosa, ainda assim, em regra, o juiz não a corrigirá, mas lhe dará seguimento.” É o efeito aliança, pelo qual “o juiz se orienta segundo a avaliação realizada pelo promotor.”⁴

Mas, se já existe tamanha resistência para que se implemente no Brasil o Juiz das Garantias, imagine-se pensar em um Juiz com competência exclusiva para admissibilidade (ou não) da peça acusatória; afinal, como diz Jacinto Coutinho, “o novo, porém, é um dado histórico. Inimigo mortal das velhas práticas, das verdades consolidadas, do poder constituído; mas não deixa espaço para ser sufocado: aceitá-lo ou não é questão de tempo e, quase sempre, de uma visão prospectiva.”⁵ 📌

NOTAS

- 1 FESTINGER, Leon. *Teoria da Dissonância Cognitiva*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p. 11 e seguintes.
- 2 SCHÜNEMANN, Bernd. “O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança.” In Estudos de Direito Penal e Direito Processual Penal e Filosofia do Direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 205 a 221 (obra coordenada pelo Professor Luís Greco).
- 3 CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 2000, p. 23: “El inquisidor labora mientras quiere, trabajando en secreto sobre los animales que confiesan; concebida una hipótesis, sobre ella edifica cábalas inductivas; la falta del debate contradictorio abre un portillo lógico al pensamiento paranoide; tramas alambicadas eclipsan los hechos. Dueño del tablero, dispone las piezas como le conviene: la inquisición es un mundo verbal semejante al onírico; tempos, lugares, cosas, personas, acontecimientos fluctúan y se mueven en cuadros manipulables.”
- 4 Obra citada, p. 214 e 215. Sobre a pesquisa do professor alemão, ver também LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 75 a 78.
- 5 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “O papel do novo juiz no processo penal”. In *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 21.



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



A (in)viabilidade da aplicação do instituto da revisão à ata de registro de preços no âmbito da administração pública federal

POR BRUNO TEIXEIRA, CLÁUDIO MALDANER BULAWSKI, LEONARDO MARQUES DE JESUS PINTO E MATHEUS VIANA FERREIRA

“É viável a revisão a maior dos preços registrados em ARP no âmbito da Administração Pública Federal, devendo-se, entretanto, analisar o caso concreto, sopesando-se os princípios e valores incidentes para só então decidir pela concessão ou não da revisão.”

A pandemia da COVID-19 concretizou uma ruptura nas cadeias de suprimento globais, desencadeando, conseqüentemente, um impacto significativo nos preços dos produtos. Isso se deu tanto por estar vigente a lei da oferta e da demanda, como também pela dificuldade imposta pela própria pandemia na comercialização de insumos para elaboração de certas mercadorias.

Essa elevação nos custos dos insumos e dos produtos inviabilizou que os fornecedores dos órgãos e entidades públicas conseguissem manter o preço inicialmente registrado na ata de registro de preço (ARP). Conseqüência natural deste fato foi o risco de paralisação de serviços essenciais aos cidadãos, em especial a prestação de assistência à saúde, área diretamente afetada pela pandemia.

Essa circunstância reacendeu a discussão a respeito da possibilidade de se conceder a revisão a maior nos preços registrados nas atas de registro de preços gerenciadas pelos órgãos ou entidades federais.

Para tanto, busca-se inicialmente rememorar aspectos importantes acerca do equilíbrio econômico-financeiro no âmbito dos contratos. Tais aspectos possuem grande relevância para a discussão a que se propõe no presente artigo.

Seguindo, procurou-se trazer os entendimentos existentes sobre a temática proposta, analisando-se as diferentes interpretações da redação dos arts. 17 e 19 do Decreto Federal nº 7.892/2013.

Por fim, apresentar-se-ão argumentos aptos a corroborar a possibilidade de aplicação do instituto da revisão às atas de registro de preços.

DOS ASPECTOS INICIAIS RELEVANTES À TEMÁTICA EM DISCUSSÃO

A celebração de um contrato administrativo entre a Administração e a empresa licitante estabelece uma série de direitos e obrigações entre o ente público contratante e a empresa contratada. É nesta seara que se insere a equação econômico-financeira entre as partes. Esta relação de equivalência, aliás, possui proteção constitucional, consoante se pode observar do conteúdo inserto no inciso XXI, do art. 37, da CF/88, abaixo reproduzido:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Para Marçal Justen Filho, a equação econômico-financeira “é a relação entre encargos e vantagens assumidas pelas partes do contrato administrativo, estabelecida por ocasião da contratação, e que deverá ser preservada ao longo da execução do contrato”¹.

Para manter o equilíbrio econômico-financeiro do pacto originário, a Lei nº 14.133/2021 (NLLC) trouxe em seu bojo a previsão dos institutos do reajuste, da repactuação, bem como da revisão, *in verbis*:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

(...)

LVIII – reajustamento em sentido estrito: forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato consistente na aplicação do índice de correção monetária previsto no contrato, que deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais;

LIX – repactuação: forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato utilizada para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, por meio da análise da variação dos custos contratuais, devendo estar prevista no edital com data vinculada à apresentação das propostas, para os custos decorrentes do mercado, e com data vinculada ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual o orçamento esteja vinculado, para os custos decorrentes da mão de obra;

Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

II – por acordo entre as partes:

(...)

d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato.

Art. 134. Os preços contratados serão alterados, para mais ou para menos, conforme o caso, se houver, após a data da apresentação da proposta, criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais ou a superveniência de disposições legais, com comprovada repercussão sobre os preços contratados.

Art. 135. Os preços dos contratos para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra serão repactuados para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, mediante demonstração analítica da variação dos custos contratuais, com data vinculada:

I – à apresentação da proposta, para custos decorrentes do mercado;

II – ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual a proposta esteja vinculada, para os custos de mão de obra.

§ 1º A Administração não se vinculará às disposições contidas em acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho que tratem de matéria não trabalhista, de pagamento de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados

do contratado, ou que estabeleçam direitos não previstos em lei, como valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade.

§ 2º É vedado a órgão ou entidade contratante vincular-se às disposições previstas nos acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho que tratem de obrigações e direitos que somente se aplicam aos contratos com a Administração Pública.

§ 3º A repactuação deverá observar o interregno mínimo de 1 (um) ano, contado da data da apresentação da proposta ou da data da última repactuação.

§ 4º A repactuação poderá ser dividida em tantas parcelas quantas forem necessárias, observado o princípio da anualidade do reajuste de preços da contratação, podendo ser realizada em momentos distintos para discutir a variação de custos que tenham sua anualidade resultante em datas diferenciadas, como os decorrentes de mão de obra e os decorrentes dos insumos necessários à execução dos serviços.

§ 5º Quando a contratação envolver mais de uma categoria profissional, a repactuação a que se refere o inciso II do *caput* deste artigo poderá ser dividida em tantos quantos forem os acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho das categorias envolvidas na contratação.

§ 6º A repactuação será precedida de solicitação do contratado, acompanhada de demonstração analítica da variação dos custos, por meio de apresentação da planilha de custos e formação de preços, ou do novo acordo, convenção ou sentença normativa que fundamenta a repactuação.

De forma mais tímida, por sua vez, a Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais), contemplou a seguinte redação:

Art. 69. São cláusulas necessárias nos contratos disciplinados por esta Lei:
(...)

III – o preço e as condições de pagamento, os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

Art. 81. Os contratos celebrados nos regimes previstos nos incisos I a V do art. 43 contarão com cláusula que estabeleça a possibilidade de alteração, por acordo entre as partes, nos seguintes casos:

(...)

VI – para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

(...)

§ 5º A criação, a alteração ou a extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, com comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 6º Em havendo alteração do contrato que aumente os encargos do contratado, a empresa pública ou a sociedade de economia mista deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

Em se tratando especificamente do instituto da revisão, deve-se considerar que, no decorrer da execução contratual, podem sobrevir intercorrências de toda ordem e com potencial para influir na relação entre as obrigações do contratado e a justa retribuição da Administração pelo fornecimento do bem, execução de obra ou prestação do serviço. Para tais circunstâncias, aplica-se “a teoria da imprevisão, buscando-se fora do contrato soluções que devolvam o equilíbrio entre as obrigações das partes. É desvinculada de quaisquer índices de variação inflacionária” (Acórdão TCU nº 1159/2008 – Plenário).

Nesta toada, é de relevo referir que é consequência do princípio da continuidade do serviço público “a aplicação da teoria da imprevisão, para recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e permitir a continuidade do serviço”². Para uma melhor compreensão, vale relembrar que, segundo a Teoria da Imprevisão mencionada alhures, “o contrato só é executável nas condições previstas e previsíveis normalmente pelas partes, isto é, enquanto a situação permanecer como cogitada no momento do ajuste (rebus sic stantibus)”³.

Envolve, portanto, uma readequação do valor do ajuste, tendo em vista a ocorrência de fatos jurídicos e/ou econômicos que intervieram na balança econômica do contrato. O instituto da revisão se destina a corrigir distorções geradas por fatos imprevisíveis, ou previsíveis com consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado ou, ainda, força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, que configure álea econômica extraordinária e extracontratual (Acórdão nº 167/2015 – Segunda Câmara).

Do que foi exposto até então, é incontroversa a possibilidade/necessidade de concretização da revisão dos contratos administrativos. Contudo, a discussão ora proposta se concentra na possibilidade ou não da revisão dos preços registrados em atas de registro de preços geridas pela União.

DOS DIFERENTES ENTENDIMENTOS A RESPEITO DO TEMA

O Sistema de Registro de Preços, em âmbito federal, está hoje regulamentado pelo Decreto Federal nº 7.892/2013. Esse Decreto traz, em seu Capítulo VIII, um tópico referente à revisão e cancelamento dos preços registrados. Diante da relevância da redação de alguns dos dispositivos constantes neste capítulo para o texto em comento, optou-se por transcrevê-los na íntegra a seguir:

Art. 17. Os preços registrados poderão ser revistos em decorrência de eventual redução dos preços praticados no mercado ou de fato que eleve o custo dos

serviços ou bens registrados, cabendo ao órgão gerenciador promover as negociações junto aos fornecedores, observadas as disposições contidas na alínea “d” do inciso II do caput do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

Art. 18. Quando o preço registrado tornar-se superior ao preço praticado no mercado por motivo superveniente, o órgão gerenciador convocará os fornecedores para negociarem a redução dos preços aos valores praticados pelo mercado.

§ 1º Os fornecedores que não aceitarem reduzir seus preços aos valores praticados pelo mercado serão liberados do compromisso assumido, sem aplicação de penalidade.

§ 2º A ordem de classificação dos fornecedores que aceitarem reduzir seus preços aos valores de mercado observará a classificação original.

Art. 19. Quando o preço de mercado tornar-se superior aos preços registrados e o fornecedor não puder cumprir o compromisso, o órgão gerenciador poderá:

I – liberar o fornecedor do compromisso assumido, caso a comunicação ocorra antes do pedido de fornecimento, e sem aplicação da penalidade se confirmada a veracidade dos motivos e comprovantes apresentados; e

II – convocar os demais fornecedores para assegurar igual oportunidade de negociação.

Parágrafo único. Não havendo êxito nas negociações, o órgão gerenciador deverá proceder à revogação da ata de registro de preços, adotando as medidas cabíveis para obtenção da contratação mais vantajosa.

A redação dos artigos supracitados, um tanto quanto confusa, possivelmente pode ser a causa de ser este ainda um tema absolutamente controverso, seja no âmbito doutrinário, seja na seara jurisprudencial.

Para uma primeira corrente de pensamento, a redação do art. 17 possibilitaria a aplicação do instituto da revisão à ata de registro de preços que, de acordo com o art. 2º, inciso II, da mesma normativa, é “documento vinculativo, obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação, em que se registram os preços, fornecedores, órgãos participantes e condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no instrumento convocatório e propostas apresentadas”.

No caso da revisão dos valores registrados na ata de registro de preços, diferentemente do que se passa com a revisão relacionada a um contrato tradicional, impor-se-ia, cumulativamente, a observância do regramento específico previsto nos arts. 17 a 19 do Decreto Federal nº 7.892/2013.

Daí porque, tal como registrado no PARECER/RW/CJU-RS/CGU/AGU/ Nº 0332/2015, no caso de análise de pedido de revisão de um preço registrado em ata de registro de preços, ter-se-ia, na realidade, procedimento qualificado e não um procedimento simples aplicável ao contrato tradicional, o que, por si só, justificaria maiores cautelas.

Não obstante a revisão possa ser concretizada tanto para o acréscimo dos valores, como o decréscimo deles, o presente texto será focado na primeira situação.

Primeiramente, deve-se solicitar que o fornecedor demonstre a variação de preços e custos decorrentes de fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém com consequências incalculáveis, e desde que se configure álea econômica extraordinária e extracontratual. Há ainda que se demonstrar que essa variação torna inviável a continuidade do ajuste.

Isso fica claro a partir de uma análise conjunta de alguns aspectos. Da redação do art. 17 do Decreto, quando menciona que “os preços registrados *poderão* ser revistos em decorrência de (...) fato que eleve o custo dos serviços ou bens registrados”, observadas as disposições da norma geral que trata do reequilíbrio. E, da referência, no art. 19, de que, com a elevação dos valores, o fornecedor “não puder cumprir o compromisso” e “sem aplicação da penalidade se confirmada a veracidade dos motivos e comprovantes apresentados”.

Vê-se, portanto, que a análise dos valores deve ser aprofundada e não realizada de forma perfunctória. Isso porque, não sendo demonstrada a efetiva variação dos preços nos moldes determinados pela legislação, além de não ser concedido ao fornecedor o direito à revisão, não haveria a sua liberação do ajuste e, se mantida a negativa de entrega do produto e/ou prestação do serviço, ser-lhe-ia aplicada a sanção administrativa correspondente.

Identificados os requisitos supracitados, deve a Administração, observada a ordem de classificação original, convocar os demais fornecedores com preços registrados (que formam o cadastro de reserva), a fim de promover com eles negociação para redução dos preços aos valores praticados no mercado.

Caso algum dos fornecedores convocados manifeste interesse em fornecer os produtos por preços praticados no mercado (obviamente desde que inferior ao preço solicitado pelo fornecedor que pleiteou a revisão), a Administração deverá formalizar a contratação com o novo fornecedor, bem como liberar do compromisso assumido aquele que pleiteia a revisão, nos exatos termos do art. 19, inciso I, do Decreto Federal nº 7.892/2013.

Assim, para os que entendem ser possível a revisão que majora os preços registrados, se de fato fosse documentalmentemente comprovado que, observada a classificação original, não houvera êxito na negociação com os fornecedores que compuseram o cadastro de reserva, estaria atendida mais esta condição para a concessão da revisão da ARP.

Uma outra condição específica para a concessão da revisão relacionada à licitação processada por meio do sistema de registro de preços consistiria na necessidade de o mercado ser revisitado. Há necessidade de se averiguar se o preço que pretende o fornecedor ver-se remunerado não se encontra superior ao praticado no segmento.

Constatando a Administração que o novo preço pretendido pelo fornecedor para determinado item é superior àquele praticado no mercado, deverá liberá-lo do compromisso assumido quanto ao referido item, cancelando seu registro de preços, nos exatos termos do art. 19, inciso I, do Decreto Federal nº 7.892/2013. Consequentemente, nessa hipótese, a Administração deveria adotar as medidas cabíveis para a realização de uma nova contratação mais vantajosa para o interesse público, em regra, por meio de nova licitação.

Porém, na hipótese em que a Administração constatasse que o novo preço pretendido pelo fornecedor não fosse superior àquele praticado no mercado, a concessão da revisão se assinalaria viável. Neste contexto, todavia, cabe aduzir que a revisão apenas pode ser concedida à empresa fornecedora que tenha solicitado a revisão de forma antecipada ao pleito de entrega do bem ou execução do serviço registrado na ARP, aspecto que privilegia não só a boa-fé do fornecedor, como também o seu dever de diligência.

Em conclusão, de acordo com essa primeira forma de interpretação (em favor da revisão que majora os preços registrados), se – e somente se – as condições precedentemente explanadas estivessem devidamente satisfeitas e formalmente comprovadas nos autos do processo administrativo, seria possível se falar em revisão a maior de valores registrados na ARP.

Por outro lado, há quem entenda pela inviabilidade jurídica da concessão de revisão para fins de majoração do preço registrado em ata, a partir de interpretação mais literal dos arts. 17 e 19 do Decreto Federal nº 7.892/2013. Neste sentido é o Enunciado nº 05/CPLC/DECOR/CGU/AG da Comissão Permanente de Licitações e Contratos da Advocacia-Geral da União. Veja-se:

I – O procedimento de negociação dos valores registrados em ata de registro de preços, previsto nos arts. 17 a 19 do Decreto nº 7.892/2013, não se confunde com o reconhecimento do direito da parte contratada à alteração do valor contratual para manutenção do equilíbrio econômico do contrato.

II – Não cabe reajuste, repactuação ou reequilíbrio econômico (revisão econômica) em relação à ata de registro de preços, uma vez que esses institutos estão relacionados à contratação (contrato administrativo em sentido amplo).⁴

Ademais, na Exposição de Motivos do enunciado acima transcrito, são feitas as seguintes considerações acerca do procedimento estabelecido nos já trazidos dispositivos do Decreto regulamentador do Sistema de Registro de Preços, *in litteris*:

“(…) Não convém confundir-se os institutos de revisão econômica/manutenção do equilíbrio econômico (reajuste, repactuação e reequilíbrio econômico) com o procedimento prescrito pelo Decreto nº 7.892/2013. Este regulamento admite certa negociação entre o órgão gerenciador e fornecedores registrados na ata, quando identificadas supervenientes discrepâncias entre os preços registrados e os valores de mercado. Importante firmar que essa negociação não é um direito, mas uma possibilidade de alteração consensual, pelo órgão gerenciador, não do contrato, mas dos preços firmados em ata de registro de preços. Assim, na hipótese de o preço de mercado tornar-se superior aos preços registrados, a negociação não admite aumento dos valores registrados, mas apenas a liberação do compromisso, sem aplicação de penalidades. Mesmo quando o preço de mercado é inferior, ela não obriga a redução, impondo apenas ao órgão público contratante a abertura da negociação, que pode ou não ser aceita pelo contratado. Em suma, o procedimento de negociação se

diferencia dos institutos da revisão econômica, entre outras coisas, porque não sendo propriamente um direito patrimonial, não pode ser alcançado sem a concordância da outra parte (...)”⁵

Assim, segundo esta segunda compreensão, que pode até ser vista como mais consolidada no âmbito da Administração Pública Federal, uma vez demonstrado, segundo as áreas técnicas competentes, que o preço de mercado se tornou superior aos preços registrados, de maneira que o fornecedor não pode cumprir o compromisso nos termos originariamente propostos, o órgão gerenciador poderá liberá-lo do compromisso assumido.

Logo, caso a comunicação pelo fornecedor ocorra antes do pedido de fornecimento, confirmada a veracidade dos motivos e comprovantes apresentados, não haverá aplicação de qualquer penalidade, ressalvadas as notas de empenho já emitidas e enviadas ao fornecedor que ainda constam pendentes de recebimento. Por conseguinte, com a liberação do fornecedor e não havendo cadastro de reserva, o órgão gerenciador deverá proceder à revogação da ata de registro de preços, nos termos do parágrafo único do art. 19 do Decreto Federal nº 7.892/2013.

DA (IN)VIABILIDADE DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA REVISÃO ÀS ATAS DE REGISTRO DE PREÇOS

Com o advento da pandemia de COVID-19, que teve reflexos mundiais a partir do final do ano de 2019, percebeu-se uma forte ruptura nas cadeias de suprimento globais. Esta circunstância reacendeu a discussão a respeito da possibilidade de aplicação do instituto da revisão às atas de registro de preços. O enfoque principal deste ressurgimento foi o risco de paralisação de serviços essenciais aos cidadãos, em especial a prestação de assistência à saúde.

O início da pandemia ocasionou um impacto significativo nos preços dos produtos. Fez-se valer no mercado a lei da oferta e da procura. Diante da baixa (ou inexistente) oferta de determinado produto, o fornecedor que ainda o detivesse, elevava consideravelmente os seus preços. Além disso, a dificuldade de serem comercializados, em plena pandemia, insumos básicos para produção de determinados medicamentos fez com que estas drogas sofressem um acréscimo relevante em seus preços.

Esse evento abrupto, e que possui efeitos relevantes economicamente, torna inviável ao fornecedor a manutenção do preço inicialmente registrado na ARP.

Na situação narrada, de acordo com a tradicional e literal interpretação dos arts. 17 e 19 do Decreto Federal nº 7.892/2013, o órgão contratante apenas poderia liberar o fornecedor do compromisso e, caso não houvesse a formação de cadastro de reserva ou nenhum fornecedor aceitasse fornecer pelo preço registrado, seria revogado o registro e iniciado um novo processo de contratação. Persistindo a necessidade premente do produto postulado, nasceriam para o órgão duas opções mais abreviadas e momentâneas: a contratação direta ou por meio do procedimento da adesão (carona).

Localizando-se, na consulta ao mercado de fornecedores, preços inferiores ao buscado pela empresa no pleito de revisão, a contratação direta, possivelmente amoldada ao que dispõe o art. 29, inciso XV, da Lei nº 13.303/2016 ou o art. 75, inciso VIII, da Lei nº 14.133/2021, se afiguraria viável, eis que estaria caracterizada a necessidade urgente da aquisição.

Todavia, caso o menor dos valores fosse localizado em pesquisa junto a outros órgãos federais, sinalizada estaria a viabilidade de se concretizar o procedimento da adesão, regulamentado pelo art. 22 do Decreto Federal nº 7.892/13.

Nos casos de produtos para saúde, ou mesmo de produtos outros de importância ímpar para continuidade de determinado serviço essencial, considerando-se o risco de desabastecimento que o cancelamento da ARP pode gerar, é de se aventar a respeito da razoabilidade da medida da revisão.

De início, salta aos olhos que a conduta literal da normativa iria de encontro ao que proclamam os princípios da eficiência e da economicidade, previstos nos arts. 37 e 70, respectivamente, da Carta Magna. Basta imaginar a situação, talvez não rara, em que o preço obtido perante novo fornecedor, a partir de um novo procedimento licitatório, se revele maior do que aquele pleiteado pelo fornecedor na ARP vigente. Somem-se a isso, ainda, os dispêndios envolvidos, por si só, nos próprios procedimentos da contratação pública.

Na sequência, podem ser trazidos à baila os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ambos reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal como constitucionais e regentes da Administração Pública, ainda que implícitos.

Em reforço argumentativo, sustenta-se, ainda, nos casos em que a não concessão da revisão dos preços e o conseqüente cancelamento da ARP possa gerar o desabastecimento de insumos e o iminente risco de paralisação de serviços essenciais, que a revisão dos valores registrados na ARP estaria assentada no princípio da continuidade do serviço público.

Nesta lógica, vale recordar que, como já mencionado alhures, a aplicação da teoria da imprevisão para conceder o reequilíbrio econômico-financeiro de contratos decorre do próprio princípio da continuidade do serviço público. Procura-se manter a continuidade dos serviços revisando preços comprovadamente defasados em relação ao mercado. Ora, aplicando-se a mesma lógica na ARP, se a concessão da revisão de preços for capaz de evitar a descontinuidade de serviços públicos essenciais, parece que tal ato estaria visivelmente fundamentado no princípio da continuidade dos serviços públicos, o qual decorre do princípio basilar da supremacia do interesse público.

Por fim, mas não menos importante, deve-se registrar a existência, no Decreto nº 53.173, de 16 de agosto de 2016, que regulamenta o Sistema de Registro de Preços no Estado do Rio Grande do Sul, da viabilidade de se majorar o preço registrado em ARP após pleito do fornecedor. Disciplina o art. 21 da referida normativa:

Art. 21. Quando o preço de mercado tornar-se superior aos preços registrados e o fornecedor não puder cumprir com o compromisso, o órgão gerenciador poderá aceitar a solicitação de revisão do preço registrado a partir dos motivos

e dos comprovantes apresentados pelo fornecedor, com base em nova pesquisa de mercado, preservando a economia obtida no procedimento licitatório.

§ 1º Após trinta dias da protocolização do requerimento de revisão, sem que o órgão gerenciador tenha se manifestado conclusivamente quanto ao requerido, o fornecedor poderá requerer a suspensão da emissão de novos pedidos de entrega de bens ou de prestação de serviços.

§ 2º Viabilizada a negociação, o novo valor registrado, que constará no termo aditivo, terá efeito retroativo à data do protocolo do pedido.

§ 3º Caso frustrada a negociação, caberá ao órgão gerenciador:

I – liberar o fornecedor do compromisso assumido, se confirmada a pertinência da motivação apresentada; e

II – convocar os demais fornecedores constantes no CR, observada a ordem de registro e de classificação, para assegurar igual oportunidade de negociação.

§ 4º A emissão que trata o § 1º deste artigo refere-se à convocação para firmar o contrato ou à aceitação de instrumento equivalente.

§ 5º Caso a motivação apresentada pelo fornecedor não seja acolhida pela Administração Pública Estadual, o descumprimento da obrigação de fornecer ensejará a aplicação das sanções cabíveis.

O dispositivo normativo supracitado parece iniciar uma mudança de entendimento, no âmbito da Administração Pública, quanto à viabilidade de majoração dos preços registrados em ARP, quando os preços do mercado sofrerem elevação que acabe por encaixar a situação no conceito legal da revisão.

Forte ao exposto, parece razoável que a celeuma da (in)viabilidade da aplicação do instituto da revisão às atas de registro de preços, no âmbito da Administração Pública Federal, seja analisada no caso em concreto, sopesando-se os princípios e valores para só então decidir pela concessão ou não da revisão. De todo modo, ao fim e ao cabo, seja qual for o teor da decisão administrativa, imperioso se faz que ela esteja sempre cabal e exaustivamente motivada em argumentos fáticos, técnicos e jurídicos, devidamente acompanhados de instrução processual robusta, repleta de todos os documentos comprobatórios necessários, nos contornos já tecidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como propósito central a discussão sobre a viabilidade ou não da revisão a maior dos preços registrados em atas de registro de preços.

De todo o exposto, concluiu-se que é viável a revisão a maior dos preços registrados em ARP no âmbito da Administração Pública Federal, devendo-se, entretanto, analisar o caso concreto, sopesando-se os princípios e valores incidentes para só então decidir pela concessão ou não da revisão. Contudo, deve-se seguir um procedimento qualificado, que exige, cumulativamente, a observância do regramento específico previsto nos arts. 17 e 19 do Decreto Federal nº 7.892/2013.

Como visto, a aplicação do instituto da revisão à ARP encontra amparo nos princípios da eficiência e da economicidade, visto que o preço obtido perante novo fornecedor, a partir de um novo procedimento licitatório, por vezes pode se revelar maior do que aquele pleiteado pelo fornecedor na ARP vigente. Nesta linha, pode-se ainda trazer à baila os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ambos reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal como constitucionais e regentes da Administração Pública, ainda que implícitos.

Ademais, nos casos em que a não concessão da revisão gere o cancelamento da ARP, tornando real o risco de ocasionar o desabastecimento de insumos e a paralisação de serviços essenciais, referido ato estaria assentado também no princípio da continuidade dos serviços públicos, o qual decorre do princípio basilar da supremacia do interesse público.

Por fim, cabe registrar que o entendimento adotado neste artigo já está, de certo modo, incluso no Decreto nº 53.173, de 16 de agosto de 2016, que regulamenta o Sistema de Registro de Preços no Estado do Rio Grande do Sul⁶. Tal fato parece demonstrar uma mudança de entendimento, no âmbito da Administração Pública, quanto à viabilidade de majoração, através do reequilíbrio econômico-financeiro, dos preços registrados em ARP, visto até então, de forma majoritária no âmbito da Administração Pública Federal, como inviável. 

NOTAS

- 1 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 300.
- 2 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 295.
- 3 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15/09/2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 276.
- 4 Enunciado nº 05/CPLC/DECOR/CGU/AG da Comissão Permanente de Licitações e Contratos da Advocacia-Geral da União. Disponível em: <<http://licitacaocontrato.com.br/assets/auxiliares/noticia/Enunciados-2-a-8-CPLC-com-exposicao-de-motivos.pdf>>. Acesso em: 12. abr. 2022.
- 5 Enunciado nº 05/CPLC/DECOR/CGU/AG da Comissão Permanente de Licitações e Contratos da Advocacia-Geral da União. Disponível em: <<http://licitacaocontrato.com.br/assets/auxiliares/noticia/Enunciados-2-a-8-CPLC-com-exposicao-de-motivos.pdf>>. Acesso em: 12. abr. 2022.
- 6 RIO GRANDE DO SUL. Decreto nº 53.173, de 16 de agosto de 2016. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/DEC%2053.173.pdf>. Acesso em 02 de maio de 2022.

REFERÊNCIAS

BARCELOS, Dawison; CHARLES, Ronny. *Licitações e contratos nas empresas estatais: regime licitatório e contratual da Lei 13.303/2016*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidente da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucaocompilado.htm. Acesso em 02 de maio de 2022.
- BRASIL. Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Diário Oficial da União, Brasília, Distrito Federal, 23 de janeiro de 2013. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7892.htm. Acesso em 02 de maio de 2022.
- BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em 02 de maio de 2022.
- BRASIL. Lei nº 14.133, de 01º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em 02 de maio de 2022.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do Tribunal de Contas da União – 4ª edição, revisada, atualizada e ampliada – Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1.159/2008*. Plenário. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Sessão de 18/06/2008. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-40200%22>. Acesso em: 09 abr. 2022.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1.256/2012*. Primeira Câmara. Relator: Ministro Valmir Campelo. Sessão de 13/03/2012. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1224110%22>. Acesso em: 09 abr. 2022.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 167/2015*. Segunda Câmara. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Sessão de 03/02/2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1360822%22>. Acesso em: 09 abr. 2022.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15/09/2015. São Paulo: Malheiros, 2016.
- RIO GRANDE DO SUL. Decreto nº 53.173, de 16 de agosto de 2016. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/DEC%2053.173.pdf>. Acesso em 02 de maio de 2022.



ARQUIVO PESSOAL

BRUNO TEIXEIRA é Advogado. Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali.



ARQUIVO PESSOAL

CLÁUDIO MALDANER BULAWSKI é Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Pós-graduado em Direito Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Anhanguera.



ARQUIVO PESSOAL

LEONARDO MARQUES DE JESUS PINTO é Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Pós-graduado em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Universidade Norte do Paraná (UNOPAR). Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Legale. Pós-graduado em Advocacia Extrajudicial pela Faculdade Legale.



ARQUIVO PESSOAL

MATHEUS VIANA FERREIRA é Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Pós-graduado com treinamento em Serviço – Modalidade Residência Jurídica – pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense – UFF.



A transformação do setor de saúde incentivada pelas *healthtechs*

POR SANDRA FRANCO

“O uso da inteligência artificial, especialmente do *machine learning*, é a tendência do setor que chega pelas *healthtechs* e com isso a necessidade de que os dados sejam estruturados para esse fim, com segurança e protegidos.”

Desde sempre e até bem pouco tempo, falava-se que o mercado de saúde, em razão de suas características regulatórias e da alta judicialização, atraía poucos empreendedores e investidores. No entanto, a frase atribuída a John Kennedy se fez materializada no setor: “quando escrita em chinês a palavra crise compõe-se de dois caracteres: um

representa perigo e o outro representa oportunidade”. A crise mundial provocada pela pandemia também representou uma oportunidade para o empreendedorismo representado pelas *healthtechs*, que cresceram em número e em ideias inovadoras.

Dados apontam que as *healthtechs* passaram de 542 em 2020 para 945 até setembro do ano passado. Ressalte-se que foi promulgado recentemente o Marco Regulatório das Startups e do Empreendedorismo Inovador (Lei Complementar nº 182/2021), que representou, sem dúvida, um avanço para maior segurança jurídica tanto para empreendedores como para investidores.

A lei possibilitou também uma possibilidade ampliada de interação entre as startups e órgãos públicos. A ideia é incentivar a contratação de serviços e produtos dessas empresas por agentes governamentais.

O texto também propõe que os governos possam contratar soluções experimentais de startups em caráter de teste, em um modelo de licitação especial com vigência limitada a 12 meses, prorrogável por mais um período de até 12 meses.

Caso essas soluções de inovação funcionem, poderão ser adquiridas posteriormente pelo poder público.

Fato é que não só *healthtechs*, mas grandes empresas do setor trouxeram novidades realizando fusões e comprando organizações menores de forma estratégica. Desde o início de 2021 até o momento são 150 transações que incluem hospitais, planos de saúde, laboratórios e clínicas e que movimentaram cerca de R\$ 20 bilhões, segundo reportagem publicada no jornal O Estado de S.Paulo.

Esse segmento vem liderando o ranking de fusões e aquisições e também reúne as maiores operações empresariais no Brasil. As maiores transações do período foram a fusão entre as operadoras de planos de saúde Hapvida e a Notre Dame Intermédica, que, por meio de troca de ações, criou-se uma empresa de mais de R\$ 80 bilhões. Chamou atenção também a compra da seguradora SulAmérica pela operadora de hospitais Rede D’or em um acordo de mais de R\$ 10 bilhões.

Esse aquecimento do setor faz surgir grupos gigantes e uma maior concentração do mercado. As empresas estão se tornando mais verticalizadas, com pacientes sendo atendidos por planos de saúde que tenham sua rede de hospitais, laboratórios e clínicas próprias. Importante frisar que nesse setor de planos de saúde as grandes fusões já estão mudando o mercado e estão incomodando as demais empresas que ainda não estão com negócios avançados. Isso porque essas transações estão deixando as empresas com um caixa mais robusto e com um respiro maior para avançar em planejamento estratégico.

Ninguém discorda de que houve um fantástico avanço da Telemedicina desde março de 2020, a partir do decreto de estado de emergência em saúde pública de importância mundial. A prática, uma realidade espalhada em todo país, apresenta mais de 7,5 milhões de pessoas que deixaram de ir aos hospitais e clínicas e se consultaram a distância, entre 2020 e 2021 segundo dados levantados pela Associação Brasileira de Empresas de Telemedicina e Saúde Digital. Incontestemente que a Telemedicina crescerá muito mais, basta que se veja,

no mundo, o potencial de alcance dessa metodologia, inclusive para se ampliar o acesso à saúde, o que ocorre também na esfera pública.

O avanço tecnológico na saúde permite um atendimento mais ágil e eficaz, com menor custo e sem desperdícios, além de um paciente que tem o médico a seu alcance, logo que precisa. Nem se discute aqui que os atendimentos presenciais irão continuar. Claro que muitos pacientes não poderão ser examinados a distância, muitos precisarão de procedimentos cirúrgicos e continuarão a ser internados para tratamentos.

No entanto, com implemento da inteligência artificial e da possibilidade de se firmar diagnósticos mais rapidamente, por certo que muitas cirurgias poderão sim ser evitados realizando-se tratamentos precoces, até porque é espantoso o crescimento da medicina genética e genômica.

No país são 22 mil laboratórios, 6.642 mil hospitais e 737 operadoras de planos de saúde, além de redes de clínicas fortes que reúnem especialistas que poderão, a distância atender ao paciente onde quer que eles esteja. O Brasil é pródigo em apresentar números excelentes de projetos financiados pelo PRO-ADI-SUS com a diminuição de meses em filas de espera para atendimentos com especialistas. Em 2021, o Hospital Moinhos de Ventos publicou estudo que provou ser possível reduzir mortalidade nas UTIs pediátricas através da Telemedicina, por exemplo.

Projetos que visem à medicina preditiva, de forma a buscar cuidar da saúde do paciente e não da doença, poderão diminuir a sinistralidade em especial para as operadoras de planos de saúde e conseqüente redução de custos. O uso da inteligência artificial, especialmente do *machine learning*, é a tendência do setor que chega pelas *healthtechs* e com isso a necessidade de que os dados sejam estruturados para esse fim, com segurança e protegidos. Um grande desafio, sem dúvida.

A pergunta que fica é: quais os efeitos dessa mudança de mercado para o paciente? Em tese, maior competitividade gera mais eficiência na prestação de serviços. O setor tradicional de saúde percebeu que a população está mais exigente e as entregas precisam ter mais valor. Junta-se ao fato de que a população no país que está envelhecendo e que precisará de mais cuidados, assim aplicativos e soluções tecnológicas (que melhorem a qualidade de vida da população) estão sendo incorporados pelas organizações tradicionais.

Ou seja, fato é que o setor ainda pode se movimentar muito, ainda existem muitas empresas familiares representativas no setor. O mercado é carente de serviços médicos em algumas regiões do país, ainda que as capitais estejam bem abastecidas de serviços e profissionais. Caberá ao setor regulatório estar atento aos direitos do paciente, enquanto consumidor e como cidadão. Muitos movimentos estão ainda por acontecer nesse jogo. 📌



SANDRA FRANCO é consultora jurídica especializada em Direito Médico e da Saúde, doutoranda em Saúde Pública, MBA/FGV em Gestão de Serviços em Saúde, Diretora Jurídica da ABCIS, Consultora Jurídica da ABORLCCF, especialista em Telemedicina e Proteção de Dados, fundadora e ex-presidente da Comissão de Direito Médico e da Saúde da OAB de São José dos Campos (SP) entre 2013 e 2018.



divulgação

Tema 1.157 do STF – Servidores estabilizados e planos de carreiras

POR IVAN BARBOSA RIGOLIN

“Passaram-se 34 anos da promulgação da Carta de 1988. Aqueles servidores do ‘buraco negro’, tecnicamente e por mais cruel que possa parecer, deveriam ter sido desligados do serviço público.”

Tema 1157 – STF

Situação do tema: Acórdão de mérito publicado.

Questão submetida a julgamento: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 5º, LV, e 37, II, da Constituição Federal, a possibilidade de reenquadramento, em novo Plano de Cargos, Carreiras e Remuneração, do servidor admitido sem concurso público antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 e em período não abrangido pela estabilidade excepcional do artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com fundamento na segurança jurídica e na proteção à confiança.

Tese firmada: É vedado o reenquadramento, em novo Plano de Cargos, Carreiras e Remuneração, de servidor admitido sem concurso público antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, mesmo que beneficiado pela estabilidade excepcional do art. 19 do ADCT, haja vista que esta regra transitória não prevê o direito à efetividade, nos termos do art. 37, II, da Constituição Federal e decisão proferida na ADI 3609 (Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe. 30/10/2014).

Leading Case ARE 1306505

Relator: Min. Alexandre de Moraes

Data de reconhecimento da existência de repercussão geral: 06/08/2021

Data do julgamento de mérito: 28/03/2022

Data da publicação do acórdão de mérito: 04/04/2022

O assunto deste artigo é o acima destacado, o Tema 1.157 do Supremo Tribunal Federal.

A questão é bastante antiga, datando da época da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988. Rezava, e ainda reza, o art. 19 das Disposições Constitucionais Transitórias:

Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

Não deixa de ser curioso como uma disposição transitória – de qualquer diploma, a começar pela Constituição – continue a produzir efeito e a informar o direito 34 (trinta e quatro) anos após editada. E não existe prazo à vista para que produza seu último efeito, sabendo-se que a idade expulsória do servidor efetivo, por compulsória aposentadoria, é 75 anos.

Se portanto algum servidor tinha 20 anos em 1.988 hoje (abril/22) tem 54, e até precisar se aposentar (compulsoriamente) precisarão decorrer outros 21 anos, numa carreira pública de 55/6 anos.

Então a disposição terá ficado transitória por 55 anos... numa transitoriedade para ninguém colocar defeito.

O Tema STF 1.157 cuida de duas ‘espécies’ de servidor:

a) aqueles estabilizados excepcionalmente no serviço público por contarem cinco ou mais anos de serviço antes de 5 de outubro de 1988, quando foi promulgada a Constituição, ou seja aqueles ingressados sem concurso público até no máximo o dia 5 de outubro de 1983, e

b) os integrantes do assim jocosamente denominado buraco negro, assim alcunhados porque ingressaram sem concurso depois de 5 de outubro de 1983. Esses são uma espécie de ovelhas negras do rebanho porque não se estabilizaram pelo art. 19 do ADCT e com isso, pela sistemática constitucional de 1988, simplesmente não têm lugar jurídico na Administração pública.

Como entretanto estamos no Brasil – do carnaval, do samba e das lindas cabrochas! – nenhum dirigente público até onde a vista alcança teve coragem nestas últimas décadas de cumprir a Constituição e de demitir aqueles que ingressaram irregularmente no serviço público.

Afinal, com medida tão antipática para onde irão os votos? Medida antipaticíssima como esta... deixemos para o sucessor.

E ainda hoje a incrível situação persiste, sem que os entes de fiscalização tenham sido minimamente enérgicos no exigir o cumprimento da Constituição. O *buraco negro* existirá enquanto existir algum servidor nele enquadrado. E a Constituição ... ora, a Constituição...

Aquilo se deu em 1988, e estamos em 2022, existindo mesmo incontáveis servidores que nesse meio-tempo se aposentaram, mesmo que residentes no buraco negro ... mas, que se saiba, nem um só que tenha sido demitido do serviço público nas três décadas e meia pelo motivo de simplesmente não deter situação constitucionalmente legítima no serviço público!

Por coisas assim salve nosso Brasil, dono do samba, do futebol, do ouro, da cachaça... mas não falemos do direito.

A tese firmada no Tema 1.157 menciona a decisão do STF na ADIn 3.609, de 2014, do Estado do Acre e na qual se questionava a constitucionalidade de uma lei acreana que efetivava servidores ingressados no serviço público *sem concurso* havia menos de cinco anos antes da Constituição de 1988 – os do temido ‘buraco negro’.

Assim é a sua ementa:

Servidores admitidos sem concurso: serviços essenciais e modulação de efeitos

Em conclusão de julgamento, o Plenário, por maioria, acompanhou o voto do Ministro Dias Toffoli, relator, para modular os efeitos de decisão proferida em ação direta. No julgamento da referida ação, havia sido declarada a inconstitucionalidade do art. 37 do ADCT da Constituição do Estado do Acre, acrescido pela EC 38/2005, que efetivava servidores públicos estaduais, sem concurso público, admitidos até 31.12.1994. Naquela assentada,

o Tribunal reputara violado o princípio da ampla acessibilidade aos cargos públicos (CF, art. 37, II). Asseverara que a investidura em cargo ou emprego público dependeria da prévia aprovação em concurso público desde a promulgação da Constituição, e não a partir de qualquer outro marco fundado em lei estadual. Salientara, ainda, que a situação daqueles que tivessem ingressado no serviço público antes da CF/1988 deveria observar o disposto no art. 19 do ADCT, se cabível – v. Informativo 706. Na presente sessão, a Corte deliberou no sentido de que a decisão somente tenha eficácia a partir de 12 meses contados da data da publicação da ata de julgamento. Vencidos, neste ponto, os Ministros Joaquim Barbosa, Presidente, e Marco Aurélio, que não modulavam os efeitos do julgado. Consideravam que a Constituição deveria ser respeitada e, por isso, não poderia prevalecer, por mais um ano, quadro de inconstitucionalidade declarada. Pontuavam que a modulação deveria ser praticada em circunstâncias relevantes, sob pena de se banalizar situações inconstitucionais. ADI 3609/AC, rel. Min. Dias Toffoli, 5.2.2014

Ocorre, porém, que a orientação jurisprudencial no sentido daquela decisão não se iniciou em 2014, mas muito antes.

A própria ementa na ADIn menciona os precedentes jurisprudenciais em que se baseou o julgamento, de modo que a matéria, mesmo já em 2014, era tudo menos nova.

E o resumo deste quadro é o seguinte: os servidores do dito ‘buraco negro’ – sejam aqueles que ingressaram sem concurso no serviço público antes da Carta de 1988, porém havia menos do que 5 (cinco) anos –, e que portanto não se beneficiaram da excepcional estabilização dada pelo art. 19 do ADCT:

- foram premiados pela estabilização no serviço público, que não teriam pela inexistência de concurso público, mas não contemplados pela efetivação porque essa última medida não consta do texto constitucional, porém
- foram castigados pela exclusão do direito a planos de carreiras.

Plano de carreiras é o direito constitucional dos servidores, concursados publicamente ou estabilizados excepcionalmente pelo art. 19 do ADCT, detentores de cargos de provimento efetivo, o qual direito consta do art. 39, § 1º, incosp. I, e do § 2º, todos da Constituição Federal¹.

Constitui-se no conjunto de possibilidades de evolução funcional, criado por leis e detalhado em regulamentos locais, dentro das quais o servidor que satisfizer as respectivas exigências é promovido, ou ascendido, ou evoluído através de algum dos institutos contemplados no plano.

Avalia-se primordialmente, para tanto, o mérito do servidor, porém, por bem ou por mal, existem mecanismos evolucionais baseados em mero tempo de exercício da função pública, ou tempo de serviço. A ser em geral combinado com o ganho da escolaridade exigida, que também elevam a posição do servidor².

O servidor que não se estabilizou nem ordinariamente (porque não prestou concurso público e, com isso, não foi aprovado em estágio probatório estabilizador) nem extraordinariamente (porque ingressou havia menos de cinco anos antes da Carta de 1988), restou portanto sem situação jurídica dentro da Constituição e dentro do serviço público.

Passaram-se 34 (trinta e quatro) anos da promulgação da Carta de 1988. Aqueles servidores do ‘buraco negro’, tecnicamente e por mais cruel que possa parecer, deveriam ter sido desligados do serviço público – não se vislumbra outra solução –, porém o fato é que não foram desligados, e os que não se aposentaram, faleceram ou saíram do serviço público por outros motivos ainda estão ativos.

Mesmo sem situação constitucional há 34 anos, muitos daqueles servidores ainda estão prestando diuturnamente seus serviços ao poder público, tal qual fora a mais normal deste mundo a sua situação.

Se se compreende socialmente uma situação como essa, entretanto juridicamente ela não faz o menor sentido.

Muito bem: aqueles servidores do denominado ‘buraco negro’ não têm direito a serem enquadrados em planos de carreiras.

Entendeu o Supremo Tribunal Federal, em reiteradas ocasiões mencionadas no acórdão de 2014 cuja ementa foi transcrita, que não merecem o benefício, autorizado constitucionalmente, do plano de carreiras, em face da sua essencial irregularidade situacional dentro do serviço público.

De tão patética que nos parece uma situação funcional que já dura 34 anos e engloba milhares de servidores, de tão inusitada ou inimaginável dentro de um ordenamento constitucional, deixamos de tecer qualquer comentário ao mérito das decisões do Supremo Tribunal Federal – forçada de um lado, e aparentemente pouco eficaz de outro. ✍

NOTAS

- 1 Antes da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, o direito ao plano de carreiras vinha estampado já no *caput* do art. 39. O antigo *caput* foi atropelado pelo art. 5º da EC 19/98 mas não o seu § 1º, inciso I, e o seu § 2º, que mantiveram a menção ao plano. Uma técnica de arrear.
- 2 E adicionalmente na história os planos de carreiras foram gradativamente *achatados* pelo STF até ao ponto de que praticamente só restou a promoção horizontal, uma sucessão de letras ou símbolos dentro de cada cargo, e não a ascensão de um para outro cargo, que foi praticamente abolida do sistema de carreiras no serviço público brasileiro sob o argumento de que viola a obrigação constitucional de concurso público para ingresso em algum cargo. O que restou, com isso, foram arremedos de carreiras, não mais que isso.



IVAN BARBOSA RIGOLIN é Advogado em São Paulo.

Aspectos polêmicos da fraude à execução

POR BRUNA BRAGHETTO



“Em homenagem à efetividade da execução, é preciso atenção dos legisladores em não mitigar institutos capazes de proteger os credores, tornando o recebimento do crédito por estes moroso, custoso e, quando não, impossível.”

A efetividade da execução depende da existência de bens no patrimônio do executado, por isso, é essencial que se combata a fraude, que é um ato atentatório à dignidade da jurisdição.

A fraude à execução pode ser reconhecida de ofício ou requerida incidentalmente pelo exequente, no âmbito de qualquer ação, e seu resultado é a ineficácia da oneração ou alienação do bem do patrimônio do executado.

A Súmula 375 do STJ, anterior à entrada em vigor do CPC/15, prevê que “o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”.

De acordo com esta súmula, havendo o registro da penhora no bem, sua aquisição por terceiro denota de forma absoluta a fraude. Contudo, se não houver registro, ainda assim pode ser reconhecida a má-fé do terceiro adquirente, porém, neste caso, a quem incumbe o ônus da prova?

Caberá ao credor comprovar a má-fé do terceiro; vale dizer, de que o adquirente tinha conhecimento acerca da pendência do processo.

Contudo, a crítica que se faz a este ônus probatório é a extrema dificuldade que se tem na produção desta prova pelo credor, acerca da ciência do processo executivo ou circunstâncias que levariam à insolvência do devedor. É a chamada prova diabólica.

O mais correto nestas situações seria a distribuição dinâmica do ônus da prova. É razoável e correto que seja imposto ao adquirente o ônus de realizar a prova, em meio aos embargos de terceiro que ajuizará (e não ao credor na execução, que somente trará indícios de que os requisitos para a decretação da fraude estão presentes), de que agiu com diligência, obtendo as certidões dos distribuidores forenses do local do bem e do domicílio do alienante e, mesmo assim, não teve conhecimento da pendência da ação que poderia reduzir o alienante à insolvência, pois tem as melhores condições de fazê-lo.

Outro fator de complicação na aplicação da fraude contra credores foi trazido pela MP 656/14, posteriormente convertida na Lei Federal nº 13.097, de 19 de janeiro de 2015, consagrando expressamente o princípio da concentração em matéria de Registro de Imóveis, com o objetivo de levar ao Direito e ao mercado imobiliário nacional expectativa de celeridade e segurança jurídica nas transações imobiliárias.

Isto quer dizer que devem os credores, exequentes e interessados averbarem suas respectivas ações, pretensões reipersecutórias, reais, ou qualquer outro tipo de constrição na matrícula do imóvel do devedor, para que fique evidenciada a fraude à execução caso o imóvel seja alienado ou onerado a terceiro, que não poderá se valer de alegação de boa-fé, já que os atos ali estavam inscritos.

No entanto, a despeito da intenção do legislador ser louvável, eis que facilmente se percebe a tentativa de facilitação dos trâmites negociais versados na alienação de imóveis, bem como a proteção do adquirente a partir da eficácia do negócio em relação a atos jurídicos precedentes acaso não haja qualquer averbação na matrícula do imóvel, tem-se que, independentemente da prescrição legislativa supramencionada, alguns cuidados continuam sendo indispensáveis quando se trata da aquisição de imóveis.

Ainda que o entendimento de grande parte dos intérpretes da Lei se apresente no sentido de que a simples inexistência de averbação de gravame possibilite a aquisição do imóvel sem qualquer risco com base na aventada eficácia dos atos jurídicos praticados, caso não sejam adotadas algumas cautelas, o adquirente poderá ser reputado negligente, o que culminará, invariavelmente, na necessidade de assumir os riscos da aquisição, e até mesmo, da sua incúria.

Pode haver, inclusive, prejuízo ao credor, pois caso não providencie a averbação da ação executiva em cartório, eventual alienação do bem pode ser considerada válida, mitigando ainda mais o instituto da fraude à execução.

Provavelmente atentos a estas falhas da lei, foi aprovado na II Jornada de Direito Processual Civil o Enunciado 149 do Conselho da Justiça Federal:

“A falta de averbação da pendência de processo ou da existência de hipoteca judiciária ou de constrição judicial sobre bem no registro de imóveis não impede que o exequente comprove a má-fé do terceiro que tenha adquirido a propriedade ou qualquer outro direito real sobre o bem.”

Desta forma, o enunciado supra não fecha as portas ao credor que não promoveu a averbação da execução, embora, neste caso, recaia sobre ele o ônus de comprovar a má-fé do terceiro adquirente.

A ementa abaixo traduz esta dificuldade:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – EMBARGOS DE TERCEIRO – FRAUDE À EXECUÇÃO – ART. 593, II, DO CPC – SÚMULA 375/STJ – PRÉVIO REGISTRO DA PENHORA – AUSÊNCIA – *CONSILIIUM FRAUDIS* – DESCARACTERIZAÇÃO 1. Conforme a Súmula 375/STJ, o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova da má-fé do terceiro adquirente, contudo tais requisitos não restaram configurados na espécie, obstando a afirmação da ocorrência de fraude à execução. 2. O prévio registro da penhora do bem constricto gera presunção absoluta de conhecimento para terceiros e sua ausência implica presunção relativa de má-fé do terceiro adquirente que dependeria de comprovação, o que não ocorreu na espécie. 3. Agravo regimental não provido.” (AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 7.771 – SP (2011/0058964-5) Relatora: Ministra Nancy Andrighi, DJE 25.05.2017)

Por fim, em homenagem à efetividade da execução, é preciso atenção dos legisladores em não mitigar institutos capazes de proteger os credores, tornando o recebimento do crédito por estes moroso, custoso e, quando não, impossível. 📌



ARQUIVO PESSOAL

BRUNA BRAGHETTO é cursou MBA em Direito Corporativo e *Compliance* e Pós-Graduada em Processo Civil e Direito Civil pela Escola Paulista de Direito. Graduação em Direito pela Universidade Católica de Santos. Palestrante e Instrutora *In company*. Autora de artigos e professora convidada para cursos e eventos.



Redes sociais: limites da liberdade de expressão e crimes contra a honra

por WANDERSON DOURADO

“Caso a pessoa seja vítima de calúnia e difamação, ela possui seis meses para formalizar a queixa contra o agressor, através de boletim de ocorrência em delegacia de Polícia Civil.”

As manifestações de opiniões nas redes sociais têm limites. Ao contrário do que muitas pessoas imaginam, o que se escreve no ambiente virtual pode render ações civis e criminais, que podem gerar indenizações e penas. A liberdade de expressão, quando ultrapassa os limites toleráveis, pode se tornar um crime contra a honra. A real intenção das redes sociais é o de conectar pessoas, mas nos últimos anos virou uma grande arena de embates entre pessoas comuns e celebridades. Um exemplo recente aconteceu nos Estados Unidos: a rapper Cardi B receberá quase US\$ 4 milhões (R\$ 22 milhões), após ganhar um processo por difamação nos Estados Unidos contra uma blogueira que a chamou de “prostituta” e disse que ela tinha herpes e usava cocaína.

E para regular condutas como essas, foram criadas uma série de legislações no Brasil e no mundo. Assim, antes de colocar sua opinião ou escrever qualquer comentário nas redes sociais é preciso entender e conhecer quais as disposições legais atuais para não cometer nenhum delito ou infração penal. No geral, os crimes virtuais mais comuns verificados são os sexuais e contra a honra. É o caso da injúria, da calúnia e da difamação.

Alguns crimes são praticados por pessoas comuns, principalmente no caso de crimes contra a honra e sexuais. Eles são caracterizados por ofensas, xingamentos, fofocas infundadas e acusações de terem praticado fatos criminosos. Condutas que prejudicam a integridade moral e ferem a dignidade e a honra das vítimas.

Entre as principais legislações para o combate de crimes nas redes sociais está o Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/2014, que regulamenta o uso da internet no Brasil. Para isso, esse diploma jurídico traz a previsão de diversos princípios, garantias, direitos e deveres para os usuários da rede, bem como estipula diretrizes que possibilitam a atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios sobre o tema.

O intuito é garantir o direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações. Sendo assim, a quebra de dados e informações particulares somente será possível por meio de ordem judicial.

A Lei prevê que o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania. Nesse sentido, o usuário tem a garantia de vários direitos, como: a inviolabilidade da intimidade e da vida privada sob pena de indenização por danos materiais ou morais; inviolabilidade e sigilo das comunicações feitas pela internet; a impossibilidade de suspensão da conexão à internet, exceto por inadimplência; o não fornecimento a terceiros de dados pessoais, salvo consentimento livre e expresso; o consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais.

Outra lei importante é a Lei Carolina Dieckmann, a Lei nº 12.737/2012, que prevê a tipificação criminal de crimes virtuais e delitos informáticos, além de acrescentar os artigos 154-A e 154-B ao Código Penal. Essa lei gera mais privacidade para os usuários das redes e evita que suas informações pessoais sejam violadas por terceiros, protegendo, assim, sua privacidade e intimidade. Foi a primeira lei que tipificou, expressamente, os crimes cibernéticos, principalmente no que se refere a invasões a computadores, e-mails e contas virtuais, sem o devido consentimento do proprietário.

E recentemente, foi promulgada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), Lei nº 13.709/2018, que regula o tratamento de dados pessoais e confere maior proteção aos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. A LGPD apresenta diversos fundamentos, como o respeito à privacidade, à liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, à inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, aos direitos humanos, ao livre desenvolvimento da personalidade, à dignidade e ao exercício da cidadania.

Essa legislação toda serve para criar um ambiente mais saudável e seguro no ambiente virtual. E cabe destacar que a injúria, calúnia e difamação são crimes contra a honra que já eram tipificados no Código Penal. Essas infrações

penais tratam sobre os delitos que atentam contra a honra subjetiva ou a honra objetiva do indivíduo, como a ofensa à sua dignidade pessoal ou profissional.

A calúnia tem previsão legal no art. 138 do Código Penal, que assim determina: “Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime”. A pena prevista é de detenção de seis meses a dois anos, além da previsão do pagamento de multa.

A conduta consiste em atribuir à vítima a falsa prática de um fato considerado como crime. É uma forma de ferir a honra objetiva da vítima. Qualquer pessoa pode ser o sujeito ativo do crime, permitindo ainda a coautoria e a participação. Como, por exemplo, alguém que usa suas redes sociais para proferir comentários ofensivos a alguém e espalha que essa pessoa praticou um crime que, na verdade, não cometeu, está incidindo no crime de calúnia. O crime é de ação livre e pode ser cometido por palavra escrita ou oral, bem como por meio de gestos e símbolos. E a consumação só ocorre quando a prática criminosa se torna conhecida por outras pessoas.

Já a difamação consiste na imputação, a alguém, de fato ofensivo à sua reputação. A pena prevista no Código Penal é de detenção de três meses a um ano, além do pagamento de multa. Trata-se de infração que macula a honra objetiva da vítima. Isso porque é feita a atribuição de fato desonroso, mas que não é considerado como crime.

Nesse sentido, a acusação não precisa ser inverídica. Pode ser verdadeira, mas mesmo assim ocorrerá o crime de difamação. Logo, não há a exigência de que o agente tenha plena consciência da falsidade da acusação. A difamação é muito comum na internet, principalmente nas redes sociais. É o caso da publicação de fotos de alguém cometendo adultério, por exemplo, causando prejuízos à imagem e à honra de outra pessoa.

E a injúria pressupõe a prática de ofensas destinadas a ferir a dignidade ou o decoro de outrem. Geralmente, a conduta criminosa ocorre por meio de xingamentos, insultos e agressões verbais proferidas contra a vítima. A pena será de detenção de 1 a 6 meses, ou o pagamento de multa.

Importante destacar que caso a pessoa seja vítima de calúnia e difamação, ela possui seis meses para formalizar a queixa contra o agressor, através de boletim de ocorrência em delegacia de Polícia Civil. E vale ressaltar que ela precisa provar o crime e deve gerar provas como: imprimir e salvar todas as páginas de sites que contenham as ofensas e mensagens depreciativas, incluindo o cabeçalho das mensagens, além de preservar as provas em mídias como pen drive, CD e/ou DVD. Os fatos são avaliados em um período de 30 dias, nos quais ocorre a definição do tipo de delito cometido, e acontece a apresentação de uma denúncia criminal. Desse modo, o processo e o julgamento, na esfera penal, serão realizados por um Juizado Especial Criminal. Ainda existe a possibilidade de a vítima entrar com uma ação de reparação civil, feita no Juizado Especial, para reivindicar uma indenização por difamação nas redes sociais. 



ARQUIVO PESSOAL

WANDERSON DOURADO é Advogado Criminalista.

Herança digital: entre a teoria e a prática

POR JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA E MARIANA BARSAGLIA PIMENTEL

“As questões que se colocam perante os operadores do Direito são muitas e demandarão um repensar sobre o Direito Sucessório e sobre o Direito Digital como um todo.”

A “herança digital” está entre os temas mais debatidos pela civilística nacional na contemporaneidade, em especial após a pandemia de covid-19, que afetou a sociedade nas mais diversas esferas e desencadeou um aumento da utilização das plataformas e ferramentas *on-line*. O Direito, que sofre direta influência das transformações sociais e históricas, apreendeu muitas das questões que guardam relação com a sucessão digital e que, ao fim e ao cabo, trazem em si dois temas que ouvimos falar com frequência nos últimos dois anos: a morte e a internet.

Não obstante a importância da matéria, não há no Direito Brasileiro previsão legal que verse sobre a transmissibilidade do “ativo digital” após a morte de seu titular ou, ainda, sobre “o tratamento das informações constantes na rede após a morte do usuário”.

E a referida transmissão do denominado *acervo digital* – que é composto por redes sociais, arquivos em nuvem, plataformas de *streaming*, canais no *YouTube*, *sites*, e-mails etc. – perpassa não só pela mensuração e exploração econômica do conteúdo digital deixado pelo falecido, mas também pelas situações jurídicas existenciais decorrentes da sucessão.

Com efeito, “a privacidade e a intimidade da pessoa devem ser protegidas mesmo após a sua morte. Pense-se, por exemplo, em mensagens íntimas trocadas entre usuários titular de contas em rede social. Nesse caso, não se está diante de bem que integra a herança que, como tal, é transferida com a morte do *de cuius (saisine)*”.

Recentemente, no âmbito do Juizado Especial Cível da Comarca de Santos (SP), foi concedido ao pai de um jovem falecido o direito de acessar os arquivos salvos na “nuvem” do celular pertencente ao *de cujus*. Nos termos da sentença, proferida nos autos n. 1020052-31.2021.8.26.0562 de Tutela Antecipada Antecedente e que foi publicada em 21.01.2022:

As circunstâncias que envolvem o caso estão devidamente comprovadas [...], restando claro o interesse de seus familiares no acesso aos dados armazenados por ele, notadamente fotos e outros arquivos de valor sentimental, como últimas lembranças que possuem dele. Também se extrai do referido documento que o requerente não deixou filhos, de modo que, na ordem sucessória do artigo 1.829 do Código Civil, seus genitores são seus legítimos herdeiros.

A decisão, apesar de levar em conta os anseios dos familiares em luto, não se debruçou sobre a vontade (não) manifestada do *de cujus* e sobre os direitos da personalidade do falecido (em especial sobre a sua privacidade e intimidade), que, geralmente, pertencem ao seu titular e não são transmissíveis aos herdeiros. Além disso, deixou-se de considerar que, dentre as fotos e vídeos constantes na nuvem, é possível que se encontrem arquivos enviados por terceiros ao *de cujus* com a expectativa de que o acesso seria apenas de quem os recebeu. Neste aspecto, a vontade dos usuários acerca do “destino” do acervo digital pode ser manifestada através de testamento ou codicilo, ou, ainda, perante as próprias plataformas digitais. A Apple, por exemplo, disponibiliza o recurso denominado “legado digital”, através do qual permite designar uma ou mais pessoas para serem “herdeiros digitais” com acesso à conta do iCloud (nuvem) em caso de falecimento do titular. Do mesmo modo, o Facebook permite que seus usuários escolham determinada pessoa para o gerenciamento da conta em caso de morte.

Em que pese as ferramentas disponíveis, são raros os casos daqueles que antecipadamente deliberam sobre a transmissibilidade do seu acervo digital após a sua morte.

A matéria aqui debatida não tem resolução ou resposta simples e comporta discussões que perpassam por temas como: proteção de memória da pessoa falecida, exploração econômica do acervo digital, sucessão de criptomoedas, dentre outros. As questões que se colocam perante os operadores do Direito são muitas e demandarão um repensar sobre o Direito Sucessório e sobre o Direito Digital como um todo. 



ARQUIVO PESSOAL

MARIANA BARSAGLIA PIMENTEL é especialista em Direito da Família e Planejamento Patrimonial e Sucessório; Doutoranda em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná; Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná; Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá.



ARQUIVO PESSOAL

JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA é Doutor em direito das relações sociais pela PUCSP. Professor titular no curso de direito da Universidade Paranaense e professor associado no curso de direito da UEM. Autor de vários livros e artigos, foi um dos contemplados com o Prêmio Jabuti na categoria “Direito”, com a obra *Execução* (2º lugar, em 2009), e finalista do mesmo prêmio com outras de suas obras.



FALAR LIBERTA

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

#NÃOSECALE

Queremos ouvir você.

UMA VOZ

CHAMA OUTRA