



Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo

**Vol. 26
Janeiro - Junho 2025**

**REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR
DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO**

REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

Ficha catalográfica elaborada pela Escola Superior do Ministério Público

Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. São Paulo: ESMP, 2012-

ISSN: 2316-6959

Volume 26

2025 – 1

1. Direito – periódicos. I. Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. CDU 34(815.6)(5)

Publicação semestral

© Todos os direitos reservados.

Os autores têm responsabilidade integral e individual pelo conteúdo de suas matérias publicadas neste periódico.

Editoração:

Escola Superior do Ministério Público de São Paulo

Rua Riachuelo, 115, sala 532 – 5o andar – Bela

Vista 01327-001 – São Paulo – SP – Brasil

Tel. (11) 3119-9440

esmp_revista@mpsp.mp.br

CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

Diretora

Tatiana Viggiani Bicudo
Procuradora de Justiça

Chefe de Gabinete

Cynthia Pardo Andrade Amaral
Promotora de Justiça

Assessoria

André Pascoal da Silva
Promotor de Justiça

Fabiana Dal'Mas Rocha Paes
Promotora de Justiça

Florenci Cassab Milani
Promotora de Justiça

Editora Responsável

Tatiana Viggiani Bicudo

Coordenador Editorial

André Pascoal da Silva

Arte da Capa

Cintya Eimy Kato



EXPEDIENTE

REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

Editora Responsável

Dra. Tatiana Viggiani Bicudo, Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Diretora da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo - ESMP, Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP.

Coordenador Editorial

Dr. André Pascoal da Silva, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Assessor da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo - ESMP, Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP.

Editora

Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini, Doutora em Direito pela PUC/SP, Professora da ESPM, FMU e Mackenzie.

Conselho Editorial

Antonio André David Medeiros, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul - UFMS

Antonio Sérgio Cordeiro Piedade, Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT); Ministério Público do Mato Grosso (MP-MT)

Bernadette Aubert, Faculté de Droit et Sciences Sociales – Université de Poitiers

Danti Juan Michel, Faculdade de Direito de Poitiers

Eduardo Augusto Alves Vera Cruz Pinto, Universidade de Lisboa, Portugal

Eduardo Augusto Salomão Cambi, Doutor pela Universidade Federal do Paraná. Professor da UENP e UNIPAR, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná

Fernando de Brito Alves, Universidade Estadual do Norte Pioneiro

Emerson Garcia, Doutor pela Universidade de Lisboa, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro., Brasil.

Fernando Reverendo Vidal Akaoui, Doutor em Direito pela PUC - SP. Professor e Coordenador Pedagógico da Universidade Santa Cecília, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo,

Gilberto Giacóia, Universidade do Norte Pioneiro - Paraná

Gregório Assagra de Almeida, Pós-doutor pela Syracuse University, New York, Estados Unidos. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Hermes Zaneti Jr, Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Torino (2014); Doutor em Direito pela UFRGS, Professor da UFES

Jean Pradel, Faculdades de Direito de Poitiers e de Montreal - França

Luiz Fernando Kazmierczak, Universidade do Norte Pioneiro - Paraná

Marita Teresa Giménez-Candela, Faculdade de Direito da Universitat Autònoma de Barcelona

Samuel Rodriguez Ferrandéz, Universidad de Murcia - Espanha

Linha Editorial

A Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo é classificada pela CAPES como Qualis A4 e está aberta às mais variadas abordagens teóricas e metodológicas, priorizando textos interdisciplinares e análises críticas.

Os artigos científicos devem abordar preferencialmente o papel do Ministério Público no Estado Democrático de Direito. Contudo a Revista espera a participação de toda a comunidade acadêmica, não se restringindo a ser um veículo de comunicação apenas do Ministério Público.

Possui as seguintes Seções Temáticas: I) Temas Interdisciplinares; II) Ministério Público; III) Ciências Criminais; IV) Tutelas Difusas e Coletivas; V) Teoria Geral do Direito, as quais englobam as linhas de pesquisa definidas pela Escola para o fomento da atividade de pesquisa científica.

A RJESMPSP é semestral, o recebimento de submissões se dá em fluxo contínuo e seu formato é online.

Processo de Avaliação pelos Pares

A avaliação dos trabalhos submetidos é realizada por meio do sistema denominado “double blind peer review”, no qual cada trabalho submetido é avaliado, de forma anônima, por dois pareceristas doutores.

Periodicidade

A Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público tem periodicidade semestral.

Política de Acesso Livre

Esta revista oferece acesso livre imediato ao seu conteúdo, seguindo o princípio de que disponibilizar gratuitamente o conhecimento científico ao público proporciona maior democratização mundial do conhecimento.

Editorial

É com orgulho que apresentamos a nova edição de nossa Revista, recordista em número de colaboradores e de páginas de muita qualidade. Além dos autores de artigos da mais alta competência técnica, ainda contamos com dois anexos sobre eventos que ocorreram em nossa Escola, com a valiosa colaboração de seus doutrinadores: o evento de combate à violência aos animais e o evento de Reforma do Código Civil.

Nossa estimada convidada internacional, a Professora ***María Concepción Rayón Ballesteros***, colaborou com interessante artigo que explica as alterações da lei orgânica do Sistema Judiciário Espanhol, principalmente no que se refere ao estabelecimento de novos parâmetros para a Justiça digital.

Em seminal artigo sobre relevante tema, o Professor ***Wallace Martins Paiva*** estabelece uma análise aprofundada sobre simetria entre as carreiras do Ministério Público e da Magistratura, levando-se em consideração a amplitude das competências do Conselho Nacional da Magistratura e do Conselho Nacional do Ministério Público.

Fernando Rister de Souza Lima e ***Naomi Mandelbaum*** discorrem sobre a importância da atuação do Ministério Público para a construção de políticas públicas para a educação alimentar. Uma atuação transversal e multidisciplinar, na medida em que envolve a análise de regras de direito material civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas também impõe a análise constitucional e estrutural, no que se refere ao estabelecimento de ditames de políticas públicas para a garantia dos direitos alimentares.

Com alegria, contamos com a colaboração do Estado do Amazonas, o Promotor de Justiça ***João Gaspar Rodrigues*** que desenvolve uma rica análise sobre o papel

funcional do Ministério Público, a partir de dados documentais e estudos metodológicos, para a atuação resolutiva com vistas à maior efetividade no resguardo dos direitos humanos.

Com singular erudição jurídica, **Rafael Oliveira e Costa** e **Bruno Starcke Buzzetti** apresentaram um trabalho de vanguarda sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas por crimes cibernéticos. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas sempre suscitou a perplexidade de nossos operadores do direito. Mas diante das novas inovações tecnológicas, a apuração e punição dos crimes cibernéticos cometidos por empresas, impõem uma análise complexa e minuciosa, por parte dos autores que, ao fim, conseguem estabelecer critérios mínimos que permitam a devida responsabilização penal das pessoas jurídicas.

Rafael Antônio Baldo, com seu costumeiro brilhantismo, apresenta um interessante estudo sobre a necessidade de planejamento das licitações e contratações públicas, à luz do novo regime concorrencial. Tema de extrema relevância para aqueles que trabalham com a área da improbidade administrativa, apresentado de forma técnica pela visão de um membro do Ministério Público de Contas.

O artigo de **Isabela Franco** e de **Mônica Abrantes Galindo de Oliveira** analisa as principais ferramentas digitais disponíveis ao Ministério Público para o exercício de sua atividade-fim, considerando o novo contexto de digitalização e de utilização de inteligência artificial.

Na esteira do intercâmbio entre os diversos Ministérios Públicos, o Procurador da República **Michel François Drizul Havrenne** apresenta um interessante estudo sobre a aquisição de terras por estrangeiros, em nosso solo nacional; os requisitos mínimos e os impactos em nossa soberania. Por isso, a necessidade de uma atuação proativa do Ministério Público para a garantia dos interesses sociais e da ordem jurídica.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça **Rogério Schietti Cruz** e seu orientando **Fernando Geraldo Simão** colaboraram com assunto de extrema importância, em nosso cenário jurídico atual: sobre a possibilidade de aplicação do acordo de não persecução penal às pessoas jurídicas que, eventualmente, venham a se envolver com a prática de crimes. A partir de profunda análise hermenêutica, os autores não enxergam

empecilhos principiológicos que afastem a aplicação isonômica do instituto destinado a pessoas naturais que venham a praticar crimes.

A Promotora de Justiça do Estado do Espírito Santo **Luciana Gomes Ferreira de Andrade** e a acadêmica **Elda Coelho de Azevedo Bussinger**, com olhar diferenciado, elaboraram um excelente artigo que analisa a questão de fiscalização do aprisionamento feminino, sob a perspectiva de gênero.

A Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais **Rogéria Cristina Leme** e o acadêmico **Thiago Rodovalho** explanaram de forma aprofundada sobre o princípio da prioridade absoluta e sua importância no exercício construtivo de políticas públicas, na área da Infância e Juventude, inclusive no que se refere à sua harmonização com outros princípios previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente e da Constituição Federal.

Em suma, esses foram os artigos apresentados nessa edição da Revista, aprovados mediante procedimento criterioso de nossos pareceristas, para que nosso periódico mantenha seu patamar destacado no ambiente jurídico.

Em complemento, oferecemos ao leitor anexos sobre trabalhos apresentados em eventos oferecidos pela Escola Superior do Ministério Público.

O Anexo I refere-se ao direito dos animais. O primeiro trabalho, produção coletiva de **Vanessa Eloísa Dallabrida**, **Clarissa Domingos Dalmaz**, **Rodrigo Antônio Martins de Souza** e **Jayme Augusto Peres** discorre sobre o tratamento, muitas vezes negligente, dispensado aos leões mantidos em cativeiros nos zoológicos nacionais. O segundo, apresentado por **Nikolas Keppe** e **Tânia Pereira Christopoulos** versa sobre os desafios da conservação da biodiversidade animal.

Por fim, o Anexo II consiste em trabalhos apresentados por valorosos colegas, no evento relativo à Reforma do Código Civil. Discorrem sobre os seguintes temas: A responsabilidade civil ambiental na Reforma, da lavra de **Marcos Stefani**; A capacidade civil na Reforma do Código Civil, de **Oswaldo Peregrina Rodrigues**; O direito sucessório no Projeto de Novo Código, de autoria de **Cristiano Pereira Moraes Garcia**; Alterações no Direito de Família no Projeto de Novo Código, escrito por **Isabella Ripoli Martins**; por fim, o Procurador de Justiça **Rogério Alvarez** cuidou das alterações propostas pelo Projeto, no âmbito dos registros públicos.

Portanto, entregamos aos colegas e ao público em geral, uma completa e robusta Revista, com trabalhos de alta qualidade jurídica produzidos pelos renomados e diversificados autores que colaboraram para o novo número de nosso periódico.

São Paulo, junho de 2025.

Editora responsável

Tatiana Viggiani Bicudo

Coordenador Editorial

André Pascoal da Silva

SUMÁRIO

1. EL NUEVO MARCO NORMATIVO DE LA LEY ORGÁNICA 1/2025 PARA UN SERVICIO DE JUSTICIA EFICIENTE Y ACCESIBLE, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA REFORMA PROCESAL Y ORGANIZATIVA.....	14
2. NATUREZA, ALCANCE E EFEITOS DA SIMETRIA DE REGIME JURÍDICO ENTRE MINISTÉRIO PÚBLICO E PODER JUDICIÁRIO	38
3. O IMPACTO DAS AÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA FORMULAÇÃO E EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO CAMPO DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO DE CRIANÇAS E JOVENS.	65
4. MINISTÉRIO PÚBLICO E A ATUAÇÃO RESOLUTIVA NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	95
5. NOVOS HORIZONTES NA RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS PELA PRÁTICA DE CRIMES CIBERNÉTICOS	125
6. PLANEJAMENTO DEFINITIVO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS	155
7. ESTRATÉGIA NACIONAL DO MP DIGITAL: O INGRESSO NO MUNDO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL	184
8. ESTRANGEIRIZAÇÃO DAS TERRAS RURAIS, SOBERANIA E ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO	202
9. A APLICABILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL AOS CRIMES PRATICADOS POR PESSOA JURÍDICA	219
10. CÁRCERE E GÊNERO	233
11. O PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA – SENTIDO E REPERCUSSÕES PRÁTICAS	251
<u>ANEXOS – TRABALHOS APRESENTADOS EM EVENTOS DA ESM</u>	
1. DIGNIDADE ANIMAL EM ZOOLOGICOS: BENEFÍCIOS DA CONSERVAÇÃO E DILEMAS ÉTICOS EM CASOS DE NEGLIGÊNCIA SOB A ÓTICA DE UM ESTUDO DE CASO ENVOLVENDO PANTHERA LEO	272
2. OS DESAFIOS DA CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE ANIMAL POR MEIO DE TÍTULOS DE IMPACTO AMBIENTAL NO BRASIL	305
3. A REFORMA DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: IMPACTOS E PREOCUPAÇÕES, SOBRETUDO EM RELAÇÃO À RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL	326
4. A CAPACIDADE CIVIL E A VONTADE NA REFORMA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002	340

5. A NOVA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA DE ACORDO COM PROJETO DE ALTERAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL	358
6. PRIMEIRAS ANOTAÇÕES SOBRE O PROJETO DE NOVO CÓDIGO CIVIL, NO ÂMBITO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS	382
7. ANÁLISE DO ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL EM MATÉRIA DE REGISTROS PÚBLICOS	415

EL NUEVO MARCO NORMATIVO DE LA LEY ORGÁNICA 1/2025 PARA UN SERVICIO DE JUSTICIA EFICIENTE Y ACCESIBLE, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA REFORMA PROCESAL Y ORGANIZATIVA

O NOVO MARCO NORMATIVO DA LEI ORGÁNICA 1/2025 PARA UM SERVIÇO DE JUSTIÇA EFICIENTE E ACESSÍVEL, COM ESPECIAL REFERÊNCIA À REFORMA PROCESSUAL E ORGANIZATIVA

María Concepción Rayón Ballesteros

Profesora de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid

mcrayon@ucm.es

INTRODUCCIÓN: CONTEXTO Y ANTECEDENTES DE LA REFORMA

La Administración de Justicia en España ha experimentado en las últimas décadas un progresivo incremento en la carga de trabajo de sus tribunales, lo que ha derivado en una ralentización de los procedimientos y en la percepción por la ciudadanía de un sistema judicial poco eficiente. La litigiosidad creciente, alimentada por una complejidad normativa en constante expansión y la falta de mecanismos eficaces de resolución extrajudicial de conflictos, ha generado una sobrecarga de trabajo en diversas jurisdicciones, especialmente en la civil y contencioso-administrativa¹. A esta problemática se suma la insuficiencia de medios materiales y personales, lo que ha dificultado la aplicación de medidas de modernización y digitalización del sistema judicial. Pese a los esfuerzos legislativos previos, como la implementación de la Oficina Judicial o la introducción de herramientas tecnológicas para la tramitación electrónica de los procedimientos, los resultados han sido desiguales y han requerido nuevas reformas

¹ Según los datos de las últimas Memoria del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), el volumen de asuntos ingresados en los juzgados y tribunales ha crecido de manera sostenida, superando la capacidad de resolución de los mismos y provocando dilaciones indebidas que vulneran el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones injustificadas, consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española. Esta situación ha conllevado un aumento en la percepción de inseguridad jurídica y una menor confianza de la ciudadanía en la capacidad de la Justicia para resolver los conflictos de manera ágil y efectiva.

estructurales.

El Plan Justicia 2030 constituye el marco estratégico sobre el que se asienta la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (en adelante LO 1/2025) que se comentará brevemente en este trabajo.

El Plan establece un conjunto de medidas estructurales impulsadas por el Ministerio de Justicia, Presidencia y Relaciones con las Cortes en colaboración con otras instituciones, cuyo propósito es adaptar el sistema judicial a las exigencias del siglo XXI mediante la digitalización, la reorganización de los órganos jurisdiccionales, las reformas procesales y la promoción de mecanismos alternativos de resolución de conflictos. La base legislativa del Plan Justicia 2030 ha dado lugar a diferentes leyes de eficiencia: Real Decreto-ley 5/2023 relativo a la reforma del recurso de casación, en diciembre de 2023 el Real Decreto-ley 6/2023 relativo a las medidas de agilización del servicio público de justicia y eficiencia procesal y, ahora en 2025, la Ley Orgánica 1/2025 que se analizará en este breve trabajo.

Uno de los pilares fundamentales de este plan es la digitalización integral de la justicia, que implica la implantación del expediente judicial electrónico, la interconexión de sistemas de gestión procesal y el uso de inteligencia artificial para optimizar la tramitación de los procedimientos². Estas medidas buscan reducir la burocracia, minimizar los tiempos de resolución y mejorar la coordinación entre los diferentes actores del sistema judicial.

Asimismo, el Plan Justicia 2030 promueve la reorganización territorial de la justicia a través de la creación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia en los municipios. Con esta medida se pretende garantizar un acceso más equitativo a la justicia, optimizando la distribución de la carga de trabajo entre los diferentes órganos

² El Banco Mundial ha señalado que la implementación del expediente judicial electrónico y la automatización de trámites pueden reducir hasta en un 50% los tiempos procesales en procedimientos civiles y mercantiles. Banco Mundial. (2023) *Digital Transformation in Judiciary Systems: Lessons from Global Experience*. <https://documents1.worldbank.org/curated/en/099825001082425972/pdf/IDU1f91ae60616eb614fd61866c1278bcc8c700e.pdf>

jurisdiccionales y eliminando las duplicidades que han caracterizado el modelo tradicional de juzgados unipersonales.

Otro aspecto clave del plan es la generalización del uso de los Medios Adecuados de Solución de Controversias (MASC), que incluyen la mediación, la conciliación y el arbitraje como alternativas al litigio tradicional. La reforma establece como requisito de procedibilidad para la admisión de la demanda la obligatoriedad de intentar una solución extrajudicial antes de acudir a los tribunales en determinados ámbitos, con el objetivo de reducir la litigiosidad y favorecer una justicia más cercana y eficiente.

En definitiva, el Plan Justicia 2030 representa un cambio de paradigma en la Administración de Justicia en España, orientado a superar los problemas de colapso y lentitud que han afectado históricamente al sistema judicial.

En este contexto, la Ley Orgánica 1/2025 surge como una respuesta integral para resolver estas necesidades, introduciendo medidas para fomentar la eficiencia procesal, reorganizar la estructura de los órganos jurisdiccionales y promover el uso de medios adecuados de solución de controversias (MASC) como vía para reducir la litigiosidad y descongestionar los tribunales. La referida Ley Orgánica tiene como finalidad esencial la modernización del Servicio Público de Justicia, adecuándolo a las nuevas exigencias de una sociedad del siglo XXI cada vez más interconectada y compleja según se ha venido desarrollando en los países de la Unión Europea³.

³ Las experiencias internacionales indican que la eficacia de los MASC y la reestructuración del sistema judicial dependen de la existencia de incentivos adecuados, de una correcta dotación de recursos y de la aceptación de los operadores jurídicos. España puede beneficiarse de estas lecciones para optimizar la implementación de la Ley Orgánica 1/2025. En el sistema judicial francés, la mediación es obligatoria en ciertos litigios antes de acudir a los tribunales, especialmente en materia civil y mercantil. La experiencia demuestra que, cuando estos mecanismos cuentan con apoyo institucional y medios suficientes, pueden reducir significativamente la carga judicial y fomentar acuerdos equitativos. En países como Francia los tribunales de instancia han demostrado ser eficaces en la reducción de la carga de trabajo de los juzgados unipersonales, favoreciendo la especialización y mejorando la coherencia de las resoluciones judiciales. Ministerio de Justicia de Francia. (2023). “Rapport sur l’organisation judiciaire et les tribunaux d’instance”, https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/2024-07/rapport_activite_2023_dacs.pdf. La mediación obligatoria ha sido un eje central de la reforma procesal italiana en los últimos años. Sin embargo, su implementación ha encontrado resistencia entre abogados y jueces, lo que ha ralentizado su efectividad. Esta experiencia sugiere que la aceptación de los operadores jurídicos es crucial para el éxito de cualquier reforma basada en los MASC. En Italia, la obligatoriedad de la mediación en determinadas materias ha encontrado una fuerte resistencia por parte de los abogados, lo que ha ralentizado su implantación y generado conflictos con el sistema judicial tradicional. Ministerio de Justicia de Italia. (2023), “Relazione sulla mediazione civile obbligatoria in Italia”, https://www.giustizia.it/giustizia/page/it/mediazione_civile_e_commerciale_credito_imposta

La reforma legislativa en cuanto a los MASC y las modificaciones procesales de la Ley de Enjuiciamiento Civil entran en vigor el 3 de abril de 2025⁴. La reforma organizativa de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia entra en vigor el 23 de enero de 2025, aunque la constitución de los tribunales de instancia se hará de forma escalonada 1 de julio de 2025, 1 de octubre de 2025 y 31 de diciembre de 2025 según el número y el tipo de juzgados existentes en cada municipio.

I. PRINCIPALES NOVEDADES DE LA LEY ORGÁNICA 1/2025 EN EL ÁMBITO CIVIL

Como se analiza seguidamente en este breve artículo, la Ley Orgánica 1/2025 pretende transformar el sistema judicial español en un modelo más eficiente, accesible y moderno, alineado con los principios de agilidad procesal, digitalización del servicio público de justicia e impulso a los métodos alternativos de resolución de conflictos. En las próximas páginas se referirán las principales novedades o aspectos más relevantes que presenta esta importante reforma legal.

REGULACIÓN DE LOS MASC COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

La Ley Orgánica 1/2025 introduce una modificación sustancial en el ámbito procesal civil al establecer los Medios Adecuados de Solución de Controversias (MASC)⁵ como un requisito de procedibilidad previo a la interposición de una demanda y necesario para su admisibilidad. Deberá acompañarse a la demanda el documento que acredite haber intentado la actividad negociadora por las mismas partes o con la intervención de un tercero neutral. La consecuencia del incumplimiento de este requisito será, como regla general, la inadmisión de la demanda⁶. Con esta medida, se busca fomentar la

⁴ Las previsiones legales serán aplicables exclusivamente a los procedimientos incoados con posterioridad a su entrada en vigor, si bien en los procedimientos judiciales en curso a la entrada en vigor de la ley las partes podrán someterse de común acuerdo a los MASC. Y en los juicios verbales, en los que no se haya celebrado vista a la entrada en vigor de la ley, se podrán dictar sentencias orales.

⁵ Ahora se hace referencia legalmente a Métodos Adecuados de Solución de Controversias superando la anterior referencia a Métodos Alternativos de Solución de Conflictos.

⁶ El incumplimiento del requisito de intentos de MASC podrá derivar en la inadmisión de la demanda por parte del tribunal, salvo que la parte demandante justifique de forma adecuada la imposibilidad de llevar a

desjudicialización y garantizar que los litigios solo lleguen a los tribunales cuando hayan fracasado intentos serios de solución extrajudicial⁷.

Los MASC comprenden diversos mecanismos de resolución de conflictos alternativos al proceso judicial tradicional, tales como la mediación, la conciliación, el arbitraje y la negociación asistida. Su regulación se basa en principios de voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad y equidad, con el propósito de ofrecer a las partes una solución ágil, flexible y menos costosa que el litigio ante los tribunales⁸. En este aspecto la Ley Orgánica 1/2025 refuerza el papel de la mediación y la conciliación, alineándose con las directrices europeas en materia de resolución alternativa de conflictos, en especial con la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles⁹. La Ley Orgánica indicada establece igualmente otros métodos como la opinión neutral de un experto independiente, la formulación de oferta vinculante, la actividad negociadora directa o a través de abogados y los procesos de derecho colaborativo.

El nuevo requisito de procedibilidad se aplica a la mayoría de los litigios civiles y

cabo dicho intento. En caso de que la demanda sea admitida sin acreditación del intento de solución extrajudicial, la parte demandada podrá alegar su incumplimiento como cuestión previa en la contestación a la demanda.

⁷ El nuevo régimen exige que las partes acrediten haber intentado una solución extrajudicial antes de presentar la demanda, salvo en aquellos casos expresamente exceptuados por la ley que se citarán más adelante. Se establece que el incumplimiento de este requisito podrá dar lugar a la inadmisión de la demanda, salvo en los supuestos de urgencia o en aquellos en los que la mediación o conciliación no resulten viables por la naturaleza del conflicto.

⁸ La regulación de los Medios Adecuados de Solución de Controversias (MASC) en el ordenamiento jurídico español ha sido progresiva, respondiendo tanto a la necesidad de descongestionar los tribunales como a los compromisos internacionales adquiridos por España en el marco de la Unión Europea y organismos internacionales. El primer reconocimiento normativo de la mediación en España se produjo con la **Ley 5/2012, de 6 de julio**, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que transpuso la **Directiva 2008/52/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo. Dicha ley estableció el marco general para la mediación como método alternativo de resolución de conflictos en el ámbito privado, introduciendo principios fundamentales como la voluntariedad, la confidencialidad y la imparcialidad del mediador. Posteriormente, la **Ley 15/2015, de 2 de julio**, de la Jurisdicción Voluntaria, reforzó la mediación y la conciliación en asuntos de Derecho de familia y sucesiones, otorgando a los notarios y registradores un papel relevante en la gestión de conflictos extrajudiciales. En el ámbito del Derecho del consumo, la **Ley 7/2017, de 2 de noviembre**, incorporó al ordenamiento español la **Directiva 2013/11/UE**, promoviendo la resolución alternativa de litigios en materia de consumo a través de organismos acreditados y sistemas de arbitraje específicos. Finalmente, la **Ley Orgánica 1/2025** introduce la mediación y otros MASC como un requisito de procedibilidad en determinados ámbitos de la jurisdicción civil y contencioso-administrativa, consolidando un modelo en el que la solución extrajudicial de conflictos se erige en un mecanismo prioritario antes de la vía judicial.

⁹ La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo establece un marco común para la mediación en asuntos civiles y mercantiles en la Unión Europea, promoviendo su uso como mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (2008). Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

mercantiles, con especial incidencia en los conflictos derivados de contratos civiles y mercantiles, reclamaciones de cantidad entre particulares y empresas, conflictos en materia de arrendamientos urbanos y responsabilidad extracontractual y conflictos vecinales, entre otros. Quedan exceptuados de esta obligación los procedimientos que afecten a derechos indisponibles¹⁰.

Los efectos de la apertura del proceso de los MASC son la interrupción de la prescripción y la suspensión de la caducidad¹¹ desde la fecha en que conste el intento de comunicación de la solicitud a la otra parte en su domicilio personal o en el lugar de trabajo y hasta la fecha de firma del acuerdo o de la terminación del proceso de negociación sin acuerdo.

Será preceptiva la asistencia letrada cuando se utilice como MASC la formulación de oferte vinculante excepto en dos supuestos: cuando la cuantía del asunto no supere el importe de 2.000 euros o bien cuando la ley sectorial no exija la intervención legraba para la tramitación de la oferta. En todo caso, los profesionales que intervengan en el proceso de negociación, tanto abogados como terceras personas neutrales devengarán honorarios. La Ley Orgánica 1/2025 prevé la existencia de MASC de acceso gratuito para las partes.

Si la solicitud del MASC no tuviera respuesta, o finaliza el MASC sin acuerdo, las partes deben acudir a interponer la demanda en el plazo de un año¹².

Para dotar de seguridad jurídica a los acuerdos alcanzados mediante los MASC, la ley prevé su homologación judicial, otorgándoles el mismo valor que una resolución judicial firme o mediante la protocolización notarial. De este modo, los acuerdos alcanzados a través de mediación o conciliación podrán ejecutarse de manera inmediata en caso de incumplimiento, sin necesidad de iniciar un nuevo proceso judicial¹³.

¹⁰ No se exigirá actividad negociadora previa como requisito de procedibilidad en los procesos para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, adopción de medidas del art. 158 del Código Civil, procesos de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, proceso de filiación, paternidad y maternidad, procedimientos de protección de menores, procedimientos en los que se requiera una tutela judicial urgente, y aquellos en los que la mediación pudiera generar una situación de indefensión para alguna de las partes.

¹¹ Vid. art. 7.1 y 2 de la Ley Orgánica.

¹² Vid. art. 7.3 de la Ley Orgánica.

¹³ Según la OCDE, los sistemas judiciales que promueven la mediación y el arbitraje como mecanismos preferentes reducen los tiempos de resolución en más de un 40% y los costos procesales en un 30%.. Vid. “Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico”, (OCDE). (2022). Alternative Dispute Resolution: Efficiency in Civil Justice Systems. <https://www.oecd.org/en/topics/access-to-justice.html>

Además, en cualquier momento de tramitación de un procedimiento judicial el juez o tribunal podrá plantear a las partes la posibilidad de derivar el litigio a otro MASC, siempre que lo considere mediante resolución motivada que podrá ser oral. La derivación requerirá la conformidad de las partes que pueden solicitar conjuntamente que se suspenda el procedimiento judicial.

La utilización de los MASC tendrá incidencia en la imposición de las costas procesales. Además, se introduce la opción para la parte condenada en costas de solicitar la exoneración o moderación de las costas que se le hayan impuesto cuando hubiera formulado una propuesta a la parte contraria mediante cualquiera de los MASC que no hubiera sido aceptada por la parte requerida si la resolución judicial es sustancialmente coincidente con el contenido de dicha propuesta¹⁴.

Se regulan especialmente los MASC con posibilidad de suspensión de la ejecución¹⁵ y también cuentan con una regulación especial si se hubieran solicitado y acordado medidas cautelares¹⁶.

La Ley Orgánica 1/2025 modifica diversas leyes, entre las que se encuentra la Ley 5(2012 de Mediación de asuntos civiles y mercantiles. Exige el establecimiento de un proceso estructurado con ciertas limitaciones al principio de confidencialidad y prevé igualmente, que, dentro del plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley, el Gobierno debe remitir a las Cortes un proyecto de ley regulador del Estatuto de la tercera persona neutral intervinientes en cualquier MASC¹⁷.

Con todo ello la reforma introduce una transformación profunda en el proceso civil al establecer los MASC como un requisito previo para la admisibilidad de la demanda de obligado cumplimiento y previo al acceso a la jurisdicción, lo que supone un cambio significativo en el avance hacia un modelo de justicia más ágil y eficaz. No obstante, su éxito dependerá de la efectiva implementación de estos mecanismos, la correspondiente dotación presupuestaria para su funcionamiento y de la adaptación de los

¹⁴ Vid. art. 245.5 Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹⁵ Vid. art. 565.1 ley de Enjuiciamiento Civil.

¹⁶ Vid. art. 7.3 de la Ley Orgánica 1/2025 y 730.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹⁷ Vid. Disposición final vigésima y trigésima.

operadores jurídicos a esta nueva realidad procesal¹⁸.

2. TRANSFORMACIÓN DE LOS JUZGADOS DE INSTANCIA Y OFICINAS DE JUSTICIA

La Ley Orgánica 1/2025 introduce una reforma estructural relevante en la organización de los órganos jurisdiccionales, con el objetivo de mejorar la eficiencia del servicio público de justicia. La transformación de los juzgados de instancia y la implementación de las Oficinas de Justicia constituyen pilares fundamentales de esta modernización, orientada a reducir la sobrecarga de los tribunales y optimizar la distribución de los recursos judiciales.

a. Creación de los Tribunales de Instancia

Uno de los cambios más significativos que establece la Ley Orgánica 1/2025 es la creación de los Tribunales de Instancia, los cuales sustituyen a los juzgados unipersonales de primera instancia para operar bajo una estructura colegiada. Esta transformación busca homogeneizar la distribución del trabajo y evitar desigualdades en la carga de asuntos entre los diferentes juzgados de una misma demarcación territorial¹⁹. Los Tribunales de Instancia estarán organizados por secciones especializadas en función de la materia, y estarán integrados por todos los jueces de primera instancia del territorio al que se extienda su ámbito competencial lo que permitirá una mejor coordinación entre los jueces y una mayor especialización en cada área del Derecho. Además, su diseño colegiado favorece una mayor uniformidad en la interpretación de la norma y una optimización de los tiempos procesales, reduciendo la dispersión de criterios jurisprudenciales dentro de una misma sede judicial.

¹⁸ *La transición hacia una cultura del acuerdo podría generar resistencia entre algunos abogados acostumbrados a un enfoque más litigioso, lo que subraya la importancia de un cambio cultural dentro de la profesión.* Aranzadi. (2025). *Impacto de la Ley de Eficiencia en la Justicia*. <https://www.aranzadilaley.es/dossier/impacto-ley-eficiencia-servicio-publico-de-justicia.html>

¹⁹ La eliminación de los juzgados unipersonales responde a la necesidad de modernizar la estructura judicial y superar las deficiencias derivadas de la atomización de los órganos jurisdiccionales. Bajo el sistema anterior, cada juzgado funcionaba de manera autónoma, lo que generaba una distribución desigual de la carga de trabajo y una mayor rigidez en la tramitación de los procedimientos.

Con la integración de los juzgados de primera instancia en Tribunales de Instancia, se implementa un modelo organizativo más flexible, en el que los jueces pueden asumir funciones de manera más equitativa y en el que los asuntos se reparten de forma centralizada, evitando la acumulación de expedientes en determinados órganos y facilitando la descongestión de los mismos.

La Ley establece la creación de un Tribunal de Instancia por cada partido judicial conformado, como mínimo, por una sección única de civil e instrucción o por una sección civil y otra sección de instrucción y, además, se pueden completar con secciones especializadas de familia, de lo mercantil, de violencia sobre la mujer, de enjuiciamiento penal, de menores, de vigilancia penitenciaria, de lo contencioso-administrativo y de lo social. Cada Tribunal de Instancia estará integrado por la presidencia del Tribunal de Instancia y los jueces que desarrollen su actividad en él. Igualmente existirán presidencias de sección en función del número de plazas existentes, y juntas de jueces²⁰ del Tribunal de Instancia y de sección, según los casos.

Es importante destacar también que se modifica la organización de la oficina judicial de manera que los Tribunales de Instancia estarán asistidos para la realización de sus funciones por la nueva oficina judicial, cuya actividad se desarrollará a través de las unidades procesales de tramitación y los servicios comunes procesales.

b. Estructura y funciones de las Oficinas de Justicia del municipio

Las Oficinas de Justicia representan otro eje fundamental de la reforma, al constituir un nuevo modelo de gestión administrativa que optimiza los servicios judiciales y facilita la labor jurisdiccional²¹. Estas oficinas sustituyen a los tradicionales juzgados

²⁰ Las juntas de jueces de un Tribunal de Instancia podrán reunirse para el examen, valoración y revisión de criterios cuando los jueces y magistrados que la integren mantengan en sus resoluciones criterios interpretativos diferentes en la aplicación de la ley en asuntos sustancialmente iguales. Mantiene la independencia de los jueces y magistrados para el enjuiciamiento y resolución de los asuntos de los que conozcan.

²¹ La Ley Orgánica 1/2025 establece que las Oficinas de Justicia estarán dotadas de medios tecnológicos avanzados para la gestión electrónica de los expedientes, permitiendo una mayor coordinación entre los distintos órganos judiciales y reduciendo los tiempos de tramitación de los procedimientos. Asimismo, se prevé la implantación de servicios de asistencia jurídica y mediación en estas oficinas, facilitando el acceso a mecanismos alternativos de solución de controversias.

de paz²² y se constituirán en los municipios donde no tenga su sede un Tribunal de Instancia. Con esta medida, se pretende acercar la justicia a la ciudadanía y garantizar que los habitantes de zonas rurales o menos pobladas tengan un acceso efectivo a los servicios judiciales sin necesidad de desplazarse a grandes núcleos urbanos.

Las Oficinas de Justicia en los municipios son una estructura administrativa que funcionará como puntos de contacto para la presentación de escritos, la obtención de información procesal y la realización de actos de comunicación procesal, intentando evitar la sobrecarga de los Tribunales de Instancia y facilitando la tramitación de los procedimientos de manera más eficiente²³. En este sentido se amplían las competencias de los jueces de pasa que podrán conocer de asuntos tramitados por razón de la cuantía si no supera los 150 euros, los expedientes de conciliación civil de cuantía inferior a 10.000 euros, entre otras²⁴.

C. Impacto en la eficiencia de la administración de justicia

La implementación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia tiene un impacto directo en la eficiencia de la Administración de Justicia, al permitir una mejor distribución de los recursos humanos y materiales, reducir la litigiosidad innecesaria y mejorar la respuesta del sistema judicial a las necesidades de los ciudadanos.

Entre los beneficios anunciados para esta reforma destacan la reducción de los tiempos de espera en la tramitación de los asuntos, la mayor especialización de los jueces en áreas específicas del Derecho y la optimización de los medios tecnológicos para la gestión de los procedimientos. Asimismo, la descentralización de la justicia y la digitalización de los servicios contribuirán a mejorar la transparencia y accesibilidad del sistema judicial.

²² Se trata de una de las grandes innovaciones de la reforma con la descentralización de la justicia a través de la creación de dichas Oficinas en los municipios donde no existan tribunales de instancia.

²³ En general se encargarán de la atención al ciudadano, la recepción de escritos, la tramitación de procedimientos y el apoyo a los órganos judiciales en su labor resolutive

²⁴ Se amplían sus competencias a los actos de conciliación previa a la interposición de querrela por injurias y calumnias a los que se refiere la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando el hecho se hubiera producido en el municipio y la persona requerida tenga su Domicilio en ese mismo municipio.

3. OTROS CAMBIOS PROCESALES EN EL ÁMBITO CIVIL

La Ley Orgánica 1/2025 también introduce modificaciones significativas en otros aspectos del proceso civil, con el fin de agilizar la resolución de los litigios y garantizar una mayor eficiencia en la tramitación de los asuntos como la posibilidad de dictar sentencias orales, la regulación de las subastas, la digitalización de los procedimientos, las modificaciones en el sistema de costas procesales, la agilización de la ejecución de sentencias y los cambios en la tramitación de los recursos, a las que nos vamos a referir brevemente a continuación, tal y como se examinará, de forma breve, a continuación.

a. Reforma en la regulación de las subastas judiciales

Uno de los cambios más relevantes en el ámbito procesal civil de los últimos años es la modernización del sistema de subastas judiciales, que se ve reforzado con la reforma de la Ley Orgánica 1/2025 con el objetivo de dotarlo de mayor transparencia, accesibilidad y eficacia. La reforma introduce la obligatoriedad de las subastas electrónicas como regla general²⁵, eliminando las tradicionales subastas presenciales, salvo en aquellos casos en los que sea imprescindible la presencia física por razones justificadas.

Además, se establecen nuevos mecanismos de control para evitar prácticas fraudulentas y garantizar la protección de los derechos de los deudores y postores. Asimismo, se refuerzan las garantías de publicidad y acceso a la información sobre los bienes subastados, permitiendo a los interesados disponer de datos más precisos antes de presentar sus ofertas.

A este respecto se modifican distintos aspectos de la subasta judicial electrónica como reducir los plazos para la realización de la subasta o permitir que el ejecutante tome parte en la subasta, como un licitador más, aunque no existan otros licitadores, entre otras modificaciones.

²⁵ La reforma suprime la posibilidad de realizar la propuesta de pago aplazado en las subastas electrónicas para garantizar mayor transparencia y evitar prácticas fraudulentas.

b. Digitalización y modernización de los procesos judiciales

Se modifica el régimen de notificación electrónica de las demandas a personas jurídicas obligadas a relacionarse con la administración de justicia por esta vía, de manera que, si transcurren tres días sin que el destinatario acceda al contenido de la comunicación, se procederá a la comunicación domiciliaria²⁶ y solo si esta comunicación es infructuosa se procederá a la publicación en el Tablón Edictal Judicial Único (TEJU).

La reforma profundiza en la digitalización de los procedimientos judiciales, con el objetivo de reducir los tiempos de tramitación y facilitar la gestión electrónica de los expedientes. Se amplía el uso de las plataformas digitales para la presentación de escritos, notificaciones y comunicaciones entre los tribunales y las partes, reduciendo así la carga burocrática y mejorando la celeridad de la justicia²⁷.

c. Modificaciones en el sistema de costas procesales

Otra novedad de la reforma es la revisión del régimen de costas procesales, con el fin de evitar la litigiosidad abusiva y fomentar el uso responsable del sistema judicial. Se introducen criterios más estrictos para la imposición de costas a la parte vencida, considerando no solo el resultado del litigio, sino también la conducta procesal de las partes y la existencia de intentos previos de solución extrajudicial.

Asimismo, se amplían los supuestos en los que se pueden reducir las costas a la parte vencida en aquellos casos en los que su actuación haya sido razonable y justificada, lo que permite evitar situaciones de abuso del sistema procesal.

En supuestos de satisfacción extraprocesal, en los que como regla general no hay condena en costas, se prevé que la subsistencia del interés legítimo se circunscriba a la

²⁶ Este nuevo régimen modifica el establecido en el Real Decreto-ley 6/2023 que el cual, en caso de no acceder a la comunicación en tres días, se procedía directamente a la notificación en el TEJU sin intentar previa notificación domiciliaria alguna.

²⁷ Además, se implementan herramientas basadas en inteligencia artificial para la gestión documental y la identificación de precedentes jurisprudenciales, lo que permitirá una resolución más ágil de los conflictos y una mayor coherencia en la aplicación del Derecho.

satisfacción de las costas causadas. En estos supuestos se decidirá mediante auto, previa audiencia de la otra parte, la terminación del proceso pudiendo condenarse al pago de las costas conforme a los criterios del art. 395 de la LEC y contra este auto cabe interponer recurso de apelación.

Igualmente se incrementa el importe de las pretensiones de cuantía indeterminada que pasa de 18.000 a 24.000 euros; se establecen precisiones sobre la devolución de honorarios percibidos con cargo a fondos públicos en caso de asistencia jurídica gratuita; para la impugnación de honorarios del letrado por excesivos se suprime la emisión del informe por el colegio de abogados en casos de procedimiento testigo si ya se hubiera emitido informe con carácter previo y se suprime la condena en costas en el incidente de impugnación de la tasación de costas por excesivas.

d. Introducción de medidas para agilizar la ejecución de sentencias

La reforma de la Ley Orgánica 1/2025 también incluye modificaciones para la ejecución de sentencias, estableciendo medidas para acelerar este proceso y garantizar el cumplimiento efectivo de las resoluciones judiciales. Entre las principales modificaciones se incluyen la simplificación de los trámites para la ejecución forzosa, el fortalecimiento de las facultades de los jueces en la adopción de medidas coercitivas y la reducción de los plazos para la impugnación de actuaciones en esta fase procesal. Además, se introducen incentivos para que las partes cumplan voluntariamente con las sentencias, mediante la aplicación de reducciones en los intereses de demora cuando se satisfacen las obligaciones dentro de determinados plazos.

Es relevante también que se incluyen entre los títulos ejecutivos los acuerdos alcanzados por las partes en cualquier MASC, la copia de la escritura pública matriz que el interesado solicite que se expida con tal carácter y el testimonio expedido por el notario del original de la póliza debidamente conservada en su libro-registro o la copia autorizada de la misma.

Se otorgan igualmente a los procuradores funciones propias de la ejecución cuando la persona a la que represente lo solicite y le hayan sido expresamente delegada la realización de notificaciones, requerimientos y comunicaciones²⁸.

e. Cambios en la tramitación de recursos

La Ley Orgánica 1/2025 introduce modificaciones en la tramitación de los recursos, con el objetivo de reducir la saturación de los tribunales y evitar dilaciones innecesarias. Se establecen limitaciones de los actos de disposición en los recursos de casación. No cabe desistimiento, renuncia, allanamiento ni transacción una vez señalado día para la deliberación, votación y fallo del recurso de casación. Se establecen nuevos requisitos para la admisibilidad de los recursos de apelación y casación, exigiendo una justificación más detallada de los motivos del recurso y reforzando el filtro de admisión. Asimismo, se fomenta el uso de la resolución anticipada de recursos en aquellos casos en los que exista jurisprudencia consolidada sobre la cuestión debatida, evitando así la innecesaria prolongación de los litigios.

f. Modificaciones en el juicio verbal

Se establecen importantes cambios en cuanto a la proposición e impugnación de prueba de manera que, una vez presentado el escrito de contestación a la demanda, se concederá un plazo común a ambas partes de 5 días para proposición de prueba por escrito. Las partes podrán impugnar la prueba de contrario en los 3 días siguientes al traslado del escrito de proposición de prueba. Además, el tribunal resolverá por auto sobre la pertinencia de su celebración, según que la considere o no necesaria, pudiendo declarar los autos conclusos para sentencia tras la presentación de los escritos de alegaciones con las respectivas pruebas sin la celebración de vista²⁹.

²⁸ Vid. art. 23, 26.2 y 539 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

²⁹ Vid. modificación del art. 438 apartado 8, 9 y 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

También se introducen algunos cambios legales para el ejercicio de acciones de reclamación de consumidores sobre cláusulas abusivas³⁰ y en el juicio de desahucio³¹.

g. Introducción del concepto de abuso del servicio público de justicia

La Ley Orgánica 1/2025 introduce el concepto de abuso del servicio público de justicia que se erige como una excepción al principio general del vencimiento objetivo para la imposición de costas, sancionando a las partes que hayan rehusado injustificadamente acudir a un medio adecuado de solución de controversias cuando este sea requisito de procedibilidad para la admisión de la demanda.

Este nuevo concepto de abuso de servicio público de justicia servirá como criterio para la imposición de costas a las partes y puede conllevar la imposición de multas de 180 a 6.000 euros. En el caso de ser aplicable a alguno de los profesionales intervinientes en el proceso, los tribunales darán traslado a los colegios profesionales respectivos por si pudiera proceder la imposición de sanción disciplinaria³².

III. PRINCIPALES RASGOS DE LA REFORMA EN LAS DISTINTAS JURISDICCIONES

La Ley Orgánica 1/2025 introduce una serie de cambios estructurales en el ámbito jurisdiccional, con el objetivo de dotar al servicio público de justicia de mayor eficiencia y accesibilidad. Estos cambios afectan a todas las jurisdicciones. En el ámbito penal, la reforma persigue la agilización de la instrucción y la reducción de los tiempos procesales mediante la especialización de órganos judiciales y el refuerzo del papel del Ministerio Fiscal. En la jurisdicción contencioso-administrativa, se fomenta la resolución extrajudicial de conflictos y se incorporan mecanismos para reducir la sobrecarga de litigios contra la Administración. Finalmente, en la jurisdicción social, la normativa promueve una conciliación previa más efectiva y un proceso más ágil para la resolución de controversias laborales.

³⁰ Vid. art. 439.5 y 439 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

³¹ Vid. art. 447.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

³² Vid. art. 247.44 Ley de Enjuiciamiento Civil.

Estos cambios estructurales, a los que nos vamos a referir seguidamente en este breve trabajo, buscan no solo optimizar el funcionamiento de los tribunales, sino también mejorar la experiencia del ciudadano en su acceso al servicio público de justicia.

1. Reforma organizativa y procesal en el ámbito penal

La Ley Orgánica 1/2025 también introduce importantes modificaciones en el ámbito penal con el objetivo de agilizar la tramitación de los procedimientos, optimizar la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales y garantizar una mayor eficacia en la persecución del delito. La reforma aborda aspectos tanto organizativos como procesales, con un énfasis particular en la instrucción penal, la simplificación de trámites y la reducción de los tiempos de respuesta judicial.

La necesidad de reformar el proceso penal obedece a diversos factores. En primer lugar, el incremento de la criminalidad y la mayor sofisticación de ciertos delitos han generado procedimientos de gran complejidad, lo que ha sobrecargado los juzgados de instrucción y ha derivado en dilaciones que comprometen el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas. En segundo lugar, la fragmentación del proceso y la falta de coordinación entre los diferentes operadores jurídicos han contribuido a la ineficiencia del sistema. La presente reforma busca corregir estos déficits mediante un nuevo modelo de gestión procesal que favorezca la celeridad y la seguridad jurídica.

Uno de los ejes fundamentales de la reforma es la optimización de la fase de instrucción, con la finalidad de garantizar una investigación más ágil y efectiva. Para ello, se refuerza el papel del Ministerio Fiscal en la dirección de la investigación criminal, estableciendo mecanismos que permitan una mayor coordinación con los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado.

Asimismo, se introducen plazos más estrictos para la fase de instrucción, con la posibilidad de prórrogas limitadas sujetas a un mayor control judicial. Con la implementación de esta medida se busca evitar la prolongación indefinida de los procedimientos, reduciendo el impacto negativo que ello genera tanto en los derechos de las víctimas como en los de los investigados.

Otra innovación destacada es la incorporación de herramientas tecnológicas avanzadas para la gestión de la prueba y la documentación procesal. En este sentido, la digitalización de los expedientes y la tramitación electrónica de las diligencias permitirán una mejor supervisión del proceso y una mayor eficiencia en la recopilación y análisis de la información relevante.

Igualmente, con el objetivo de reducir la duración de los procedimientos penales, la reforma incorpora también una serie de medidas destinadas a simplificar los trámites y minimizar los tiempos de respuesta. Se prevé la implantación de mecanismos de conformidad más flexibles, que faciliten la resolución anticipada de los procesos cuando exista acuerdo entre las partes.

Además, se fomenta el uso de procedimientos abreviados en aquellos casos en los que la prueba resulte clara y concluyente, evitando la celebración de juicios innecesarios que solo contribuyen a la congestión del sistema judicial. En este sentido, se establecen criterios más rigurosos para la admisión de recursos, con el fin de impedir el abuso de esta herramienta procesal y garantizar que los mismos solo se utilicen en situaciones en las que realmente exista una controversia jurídica de relevancia.

Otro aspecto clave es la especialización de los juzgados en materias de alta complejidad, como el crimen organizado, la corrupción y los delitos económicos. La creación de unidades especializadas permitirá una mayor eficacia en la tramitación de estos casos, reduciendo los tiempos de instrucción y mejorando la calidad de las resoluciones judiciales.

Toda la reorganización del proceso penal es previsible que tenga un impacto significativo en la distribución de la carga de trabajo de los tribunales. Con la transferencia de determinadas competencias al Ministerio Fiscal y la implementación de medidas de agilización procesal, se espera una reducción sustancial en el número de procedimientos que llegan a juicio, lo que permitirá a los órganos jurisdiccionales centrarse en aquellos asuntos de mayor complejidad y relevancia.

2. Cambios en la jurisdicción contencioso-administrativa

La Ley Orgánica 1/2025 introduce un refuerzo normativo en la promoción de los Medios Adecuados de Solución de Controversias (MASC) dentro del ámbito contencioso-administrativo³³. Tradicionalmente, la jurisdicción contencioso-administrativa ha sido una de las más saturadas del sistema judicial español, con una carga de trabajo creciente debido al incremento de litigios entre los ciudadanos y la Administración Pública. Con la reforma, se busca fomentar la resolución extrajudicial como un mecanismo eficaz para disminuir la judicialización innecesaria de conflictos y acelerar la resolución de disputas.

Asimismo, se refuerza la figura del acuerdo extrajudicial previo, que permite a los ciudadanos plantear reclamaciones a la Administración y buscar una solución consensuada antes de acudir a la vía jurisdiccional. Este procedimiento, que ya se aplicaba en algunos ámbitos específicos como el tributario, se amplía a otras materias con el objetivo de descongestionar los tribunales y proporcionar una respuesta más rápida a los ciudadanos.

Para garantizar la eficacia de estos mecanismos, la ley prevé la creación de unidades especializadas en resolución extrajudicial dentro de los órganos administrativos, con competencias para gestionar mediaciones y arbitrajes, evitando así que los conflictos deriven automáticamente en procedimientos judiciales prolongados.

A pesar de los esfuerzos por potenciar la resolución extrajudicial de conflictos, la reforma también establece límites a la aplicación de los MASC en la jurisdicción contencioso-administrativa, considerando la naturaleza indisponible de ciertos derechos y principios que rigen la actuación de la Administración Pública³⁴.

³³ Se establecen medidas para fortalecer el arbitraje y la mediación en el ámbito contencioso-administrativo, permitiendo que ciertas materias puedan resolverse sin necesidad de intervención judicial. La Administración queda obligada a facilitar mecanismos de mediación en determinadas áreas, promoviendo el diálogo y la búsqueda de soluciones antes de la interposición de un recurso contencioso-administrativo.

³⁴ No podrán ser objeto de mediación o arbitraje aquellos asuntos en los que esté en juego el interés general o la legalidad administrativa, dado que la Administración está sujeta al principio de legalidad y no puede disponer libremente de los derechos y obligaciones derivados de normas de orden público. Esto implica que cuestiones relativas a sanciones administrativas, potestades reglamentarias o la nulidad de actos administrativos de pleno derecho no podrán resolverse mediante MASC. Asimismo, la resolución extrajudicial no será aplicable en procedimientos en los que se vean afectados derechos fundamentales de los ciudadanos o cuando existan normas de derecho imperativo que impidan alcanzar un acuerdo negociado.

3. Modificaciones en la jurisdicción social

La reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2025 refuerza el carácter obligatorio de la conciliación previa en la jurisdicción social, con el objetivo de reducir la sobrecarga de los juzgados de lo social y fomentar soluciones extrajudiciales en conflictos laborales³⁵. Con la nueva regulación, se amplían los supuestos en los que es preceptivo acudir a la conciliación previa antes de presentar una demanda judicial. Se establecen mecanismos para garantizar la comparecencia efectiva de las partes y evitar prácticas dilatorias que obstaculicen la eficacia del proceso conciliador. Asimismo, la norma introduce sanciones para aquellas partes que no acudan sin causa justificada a la conciliación, incentivando así su uso real y efectivo.

Otra innovación relevante es la implementación de plataformas digitales para la celebración de conciliaciones telemáticas, lo que permite a las partes resolver sus diferencias sin necesidad de desplazamientos, agilizando los procedimientos y facilitando el acceso a la justicia en entornos laborales descentralizados. Este modelo sigue la línea de las reformas impulsadas por la **Directiva (UE) 2019/1152**, relativa a condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, que aboga por la simplificación de procedimientos en favor de los trabajadores.

Además de la conciliación, la Ley Orgánica 1/2025 refuerza la mediación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos en el ámbito laboral. La mediación, regulada en la **Ley 36/2011, de 10 de octubre**, reguladora de la jurisdicción social, se configura como una herramienta esencial para la resolución ágil y eficiente de disputas entre trabajadores y empleadores, evitando la judicialización innecesaria de conflictos que podrían resolverse mediante el diálogo.

En estos casos, el acceso a la justicia contencioso-administrativa sigue siendo la única vía posible para garantizar la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos. Otro de los límites establecidos en la reforma es la necesidad de garantizar la imparcialidad y objetividad en los procedimientos de mediación con la Administración. Se prevén mecanismos de control para evitar posibles conflictos de interés y asegurar que los acuerdos alcanzados no vulneren principios esenciales del Derecho Administrativo.

³⁵ La conciliación, regulada en el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, se ha consolidado como un requisito de procedibilidad en la mayoría de los litigios laborales.

La reforma amplía el ámbito de aplicación de la mediación a un mayor número de conflictos individuales y colectivos, estableciendo su obligatoriedad en determinados supuestos, como los conflictos por despidos, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y vulneraciones de derechos fundamentales en el ámbito laboral. La mediación en estos casos busca proporcionar una solución equitativa y negociada entre las partes, reduciendo el impacto negativo de la conflictividad en el entorno laboral.

Asimismo, se prevé la creación de órganos de mediación especializados en el seno de los servicios públicos de empleo y en organismos autónomos, con personal capacitado para facilitar acuerdos que resulten jurídicamente vinculantes. Estos órganos actuarán de forma coordinada con los tribunales de lo social, garantizando que las soluciones alcanzadas cumplan con los principios de legalidad y equidad.

CONCLUSIONES

La Ley Orgánica 1/2025 supone una reforma importante en la configuración y funcionamiento del servicio público de justicia en España, introduciendo cambios estructurales y procesales destinados a mejorar la eficiencia y la accesibilidad. A lo largo de este breve trabajo se han abordado los aspectos clave de la reforma, que tiene como ejes fundamentales la desjudicialización de conflictos, la transformación organizativa del sistema judicial y la modernización tecnológica de los procedimientos. A continuación, se sintetizan las principales conclusiones derivadas de su estudio.

En primer lugar, la introducción de los Medios Adecuados de Solución de Controversias (MASC) como requisito de procedibilidad en la jurisdicción civil supone un cambio muy relevante que busca fomentar una cultura de resolución pacífica de conflictos y reducir la saturación de los tribunales. La mediación, conciliación y arbitraje adquieren un papel preeminente en la fase preprocesal, obligando a los litigantes a explorar vías alternativas antes de recurrir a los tribunales. Si bien esta medida responde a las recomendaciones de la Unión Europea y se alinea con modelos implantados en otros países, su éxito dependerá en gran medida de la capacitación de los operadores jurídicos, la concienciación de la ciudadanía y la dotación de recursos suficientes para garantizar su eficacia.

En segundo lugar, la transformación de los juzgados de instancia y la implantación de las Oficinas de Justicia suponen una reconfiguración profunda de la organización judicial en España. La creación de Tribunales de Instancia, en sustitución de los juzgados unipersonales, favorece una distribución más equitativa de la carga de trabajo y promueve la especialización jurisdiccional, evitando la dispersión de criterios dentro de una misma demarcación territorial. Paralelamente, las Oficinas de Justicia, especialmente en municipios sin tribunales, constituyen un avance en la descentralización del servicio judicial y facilitan el acceso a la justicia a sectores de la población que hasta ahora enfrentaban dificultades para ejercer sus derechos.

Asimismo, la reforma impulsa la digitalización y modernización de los procedimientos judiciales, dotando a los tribunales de herramientas tecnológicas que optimizan la gestión de los expedientes y reducen los tiempos procesales. La implantación del expediente judicial electrónico, la automatización de trámites y la mejora en la interconexión de sistemas entre los distintos órganos jurisdiccionales representan avances significativos en la agilización de la actividad judicial. No obstante, la plena efectividad de estas medidas dependerá de su implementación progresiva y de la adaptación de los profesionales del Derecho a este nuevo entorno digital.

Otro de los aspectos destacados de la reforma es la regulación de las subastas judiciales, que se modernizan mediante la consolidación del sistema de subastas electrónicas y la eliminación de barreras que tradicionalmente han dificultado la transparencia y accesibilidad. Además, se establecen garantías adicionales para la protección de los derechos de los deudores y postores, con el fin de evitar situaciones de abuso y prácticas fraudulentas.

Por otro lado, la reforma también aborda la necesidad de optimizar el sistema de ejecución de sentencias y la regulación de los recursos procesales. La simplificación de los trámites para la ejecución forzosa, la reducción de los plazos para la impugnación de actuaciones y la introducción de incentivos para el cumplimiento voluntario de las resoluciones judiciales contribuirán a garantizar una mayor eficacia en la aplicación de la ley y a evitar dilaciones innecesarias. De igual forma, la revisión de los criterios de admisibilidad de los recursos de apelación y casación permitirá una mejor selección de los asuntos que acceden a las instancias superiores, evitando la congestión de los tribunales de segunda instancia y del Tribunal Supremo.

En definitiva, la Ley Orgánica 1/2025 marca un punto de inflexión en el modelo de justicia español, apostando por un sistema más eficiente, accesible y adaptado a las exigencias de la sociedad contemporánea. No obstante, su éxito dependerá de la correcta implementación de las medidas propuestas y de la colaboración de todos los actores implicados en la Administración de Justicia. La formación de jueces, abogados y operadores jurídicos en los nuevos mecanismos procesales, la dotación de recursos adecuados para la digitalización y el fortalecimiento de la mediación y conciliación serán claves para garantizar que los objetivos de la reforma se traduzcan en una mejora real y efectiva del servicio público de justicia. La modernización del sistema judicial es una tarea continua que requiere compromiso institucional y social, y la presente reforma constituye un paso significativo en esta dirección.

A pesar de los avances que supone esta importante reforma legal, su éxito dependerá en gran medida de la correcta implementación de las medidas propuestas. En este sentido, pueden señalarse diversas propuestas para garantizar su eficacia y mejorar su puesta en práctica:

- **Formación obligatoria para operadores jurídicos,** la generalización del uso de los MASC y la transformación de la estructura judicial requieren que jueces, abogados y demás profesionales del Derecho reciban formación específica en mediación, conciliación y gestión de tribunales de instancia.
- **Refuerzo de los mecanismos de supervisión y control,** es imprescindible establecer mecanismos de seguimiento que evalúen periódicamente la aplicación de la reforma, detectando posibles deficiencias y estableciendo ajustes normativos cuando sea necesario.
- **Dotación de recursos tecnológicos y humanos,** sin una inversión adecuada en infraestructura digital y en la ampliación y actualización de plantillas en juzgados y Oficinas de Justicia, el objetivo de agilizar los procedimientos podría verse frustrado.
- **Promoción de campañas de concienciación ciudadana,** el éxito de los MASC no solo depende de su regulación, sino también de su aceptación por parte de la sociedad. Es necesario llevar a cabo campañas para sensibilizar a los ciudadanos sobre sus ventajas y fomentar su utilización.

Igualmente, la implementación de la Ley Orgánica 1/2025 no está exenta de desafíos, algunos de los cuales pueden comprometer su éxito en la práctica. Entre los principales retos se encuentran:

- **Resistencia de los operadores jurídicos**, el cambio de paradigma que supone la obligatoriedad de los MASC puede encontrar oposición entre los profesionales del Derecho, que tradicionalmente han operado bajo un modelo judicialista.
- **Falta de homogeneidad en la aplicación de la reforma**, dado que el sistema judicial español es complejo y presenta variaciones significativas entre comunidades autónomas, la implementación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia podría desarrollarse de manera desigual, generando nuevas desigualdades en el acceso a la justicia.
- **Riesgo de que la mediación y conciliación se conviertan en trámites formales**, si los MASC se perciben solamente como una obligación burocrática previa a la demanda judicial y no como una vía real de solución de conflictos, su efectividad se verá mermada. Será necesario garantizar que estos procedimientos se lleven a cabo con conocimiento para su adecuada implementación exitosa.
- **Impacto en la carga de trabajo de los tribunales**, aunque la reforma busca reducir la litigiosidad, en un primer momento podría generar un aumento en la carga de trabajo de los jueces debido a los nuevos requisitos de procedibilidad y a la necesidad de homologación de acuerdos extrajudiciales.

En definitiva, la Ley Orgánica 1/2025 marca un punto de inflexión en la modernización del sistema judicial español, apostando por la eficiencia procesal, la digitalización y la desjudicialización de los conflictos. La implementación de los Medios Adecuados de Solución de Controversias (MASC), la creación de los Tribunales de Instancia y la reorganización de la estructura judicial buscan aliviar la sobrecarga de los tribunales y garantizar un acceso más equitativo a la justicia. Sin embargo, el éxito de esta reforma dependerá de su correcta aplicación, la adaptación de los operadores jurídicos y la dotación de recursos suficientes para su desarrollo.

BIBLIOGRAFÍA

Actualidad administrativa. Aspectos generales de la Ley de eficiencia organizativa y procesal: Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (BOE 3 enero 2025), Nº 1, 2025

Aranzadi. (2025). *Impacto de la Ley de Eficiencia en el Servicio Público de Justicia*. Recuperado de <https://www.aranzadi.es/eficiencia-judicial-2025>.

Blázquez Martín, R. (2025) “El impacto de los medios adecuados de solución de controversias en el proceso civil tras la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia”, *Diario La Ley*, Nº 10643, 2025.

Calaza López, S. (2025). “La eficiencia procesal y la transformación judicial en España: Una visión crítica de la Ley Orgánica 1/2025”, *Revista Española de Derecho Procesal*, 102(1), 45-67.

de Lamo Rubio, J. (2025) “La conciliación intraprocesal social en la Ley Orgánica de eficiencia del Servicio Público de Justicia”, *Diario La Ley*, Nº 10648, 2025.

López Donaire, M.B. (2025) “Las principales novedades de la LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia. ¿Hacia una justicia ágil, eficiente y moderna?”, *Diario La Ley*, Nº 10644, 2025

Santiago Ollero, F. Presidente del Consejo General de Colegios de Gestores Administrativos de España. (n.d.). (2025)” La mediación en el contexto de la Ley Orgánica 1/2025: Hacia una Justicia más accesible y eficiente”, *El*

NATUREZA, ALCANCE E EFEITOS DA SIMETRIA DE REGIME JURÍDICO ENTRE MINISTÉRIO PÚBLICO E PODER JUDICIÁRIO¹

NATURE, SCOPE AND EFFECTS OF THE SYMMETRY OF LEGAL REGIME BETWEEN THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE AND THE JUDICIARY

Wallace Paiva Martins Junior

Procurador de Justiça (MPSP), Doutor em Direito do Estado (USP) e Professor de Direito Administrativo (graduação) e Direito Ambiental (programa de pós-graduação) (Unisantos).

RESUMO

Ocupa-se este estudo da natureza, alcance e efeitos da simetria de regime jurídico entre Ministério Público e Poder Judiciário, recorrendo sobre a natureza jurídica, o *status* normativo, aplicabilidade e eficácia do § 4º do art. 129 da Constituição de 1988 e a equivalência, espelhamento e simetria projetada nessa norma constitucional e sua funcionalidade no ordenamento jurídico, bem como dos atos normativos expedidos pelo Conselho Nacional de Justiça (Resoluções n. 133/11 e n. 528/23) e pelo Conselho Nacional do Ministério Público (Resolução n. 272/23) à luz de suas competências normativas e do princípio da divisão funcional do poder, explorando notadamente sua posição jurídica.

Palavras-chave: Ministério Público – Regime jurídico – Simetria – Poder Judiciário.

ABSTRACT

This study concerns the nature, scope and effects of the symmetry of the legal regime between the Public Prosecutor's Office and the Judiciary, discussing the legal nature, the status normative, applicability and effectiveness of § 4 of art. 129 of the 1988 Constitution and the equivalence, mirroring and symmetry projected in this constitutional norm and its functionality in the legal system, as well as the normative acts issued by the National Council of Justice (Resolutions n. 133/11 and n. 528/23) and by the National Council of the Public Ministry (Resolution no. 272/23) in light of its normative competences and the principle of functional division of power, notably exploring its position legal.

Keywords: Public Ministry – Legal regime – Symmetry – Judiciary

¹ Palestra apresentada em 13 de dezembro de 2024 no 50º Seminário Jurídico das Teses e Encontro dos Membros do Ministério Público do Estado de São Paulo, promovido pela Associação Paulista do Ministério Público, realizada no Grande Hotel Campos do Jordão (Campos do Jordão, SP).

INTRODUÇÃO

A Constituição ocupa a cimeira da escala jurídico-normativa dos sistemas edificados sobre os pilares do Estado Democrático de Direito nas democracias contemporâneas. Como texto e norma sua interpretação deve colimar unidade, coesão, sistematicidade e completude² do ordenamento jurídico, para que se compreenda sua funcionalidade no tecido orgânico-institucional como fonte de todo o ordenamento jurídico e expressão dos valores que a fundaram. Nem sempre engenho e arte predominam no modo de produção de normas jurídicas, distanciando-se do apuro técnico apregoado pela doutrina e jurisprudência. E não é possível sua interpretação desprezando o influxo de conjunturas históricas, políticas, sociais, econômicas e culturais que são determinantes para as escolhas constituintes ou legislativas.

Para fins desta reflexão, cujo propósito é a cognição da natureza, do alcance e dos efeitos da simetria de regime jurídico entre Ministério Público e Poder Judiciário e das resoluções dos respectivos órgãos centrais de controle editadas, mediante pesquisa qualitativa e comparativa e embalada sob o método hipotético-dedutivo, passo ao largo de densas prospecções de ordem jurídica e política sobre o atual estágio da teoria e do princípio da divisão funcional do poder (separação de poderes) e o papel que é reservado ao Ministério Público. Basta fincar, preliminarmente, que na atual estrutura político-constitucional brasileira esse órgão constitucional autônomo é integrante do sistema (de distribuição e promoção de justiça), predicado com essencialidade e permanência, exercendo ativamente parcelas diferenciadas da soberania para tutela dos direitos fundamentais e controle da atividade estatal.

A importância do estudo da questão é mais que evidente: o Supremo Tribunal Federal tem parcelas da matéria (concessão de licença-prêmio a magistrados com base na isonomia em relação aos membros do Ministério Público; equiparação do valor das diárias devidas a membros da Magistratura e do Ministério Público, em nome da isonomia entre as carreiras) entre os recursos submetidos à repercussão geral (Temas 966³ e 976,

² Norberto Bobbio. *Teoria do ordenamento jurídico*, 6. ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, pp. 34-35 (tradução Maria Celeste C. J. Santos).

³ O Ministro Luiz Fux dissentiu asseverando que “diferentemente da simples pretensão de isonomia que não encontre previsão direta, senão por invocação do disposto no caput do art. 5º, no texto da Constituição

respectivamente), tangenciando inclusive a Súmula Vinculante 37. Além disso, o princípio da simetria é, em linhas gerais, debatido em controvérsias de outros matizes, atinentes ao processo legislativo ou aos modelos de organização do Estado nas órbitas periféricas do sistema federativo⁴.

E distante de algum viés que se acuse indevidamente de mais ou menos corporativo ou engajado, procuro dar um tom mais afinado à noção de institucionalidade emergente da Constituição, apresentando o Ministério Público como organismo estatal⁵ dedicado à prestação de serviço público que impulsiona a vontade impessoal do Estado em prol de direitos e interesses legítimos da população. Como bem expressa a literatura italiana, o *ruolo istituzionale* do Ministério Público:

é unicamente aquele que promove, em termos neutros e independentes, a aplicação de parte do juízo da escolha adotada anteriormente pelo legislador (constitucional e/ou ordinário) para a composição de disputas que possam surgir entre os sujeitos da comunidade nacional, perseguindo, no desenvolvimento das investigações e na apresentação de pedidos ao juiz, exclusivamente o interesse subjetivo que é objetivado na norma jurídica e que o deve reconstruir, no modo mais neutro possível, através dos cânones lógicos impostos pelo ordenamento jurídico⁶.

Federal, o princípio da simetria, porquanto, repita-se, expressamente previsto no supracitado art. 128, §4º, possibilita que se assegure aos membros do Poder Judiciário a concessão de diferentes vantagens não reguladas expressamente na LOMAN, dentre as quais o auxílio-alimentação, a licença-prêmio e eventuais outros benefícios legitimamente alcançados, em atenção ao cenário constitucional vigente, à carreira do Ministério Público.” (RE 1.059.466 RG/AL)

⁴ STF, ADI 5.323/RN, Tribunal Pleno, Rel. Min. Rosa Weber, 11/04/2019, DJe 06/05/2019; STF, ADI 6.986/RN, Tribunal Pleno, Rel. Min. Rosa Weber, 29/11/2021, DJe 03/12/2021. Embora direcionado especificamente para o estudo das Constituições Estaduais e o contencioso objetivo de constitucionalidade, Paulo Modesto classifica as normas constitucionais estaduais (conexas à Constituição Federal) em normas de (a) reprodução obrigatória, (b) imitação e (c) remissão, discorrendo que as normas de remissão “são veiculadas por enunciados constitucionais de conteúdo prescritivo incompleto e são dependentes da vigência e conteúdo do enunciado referido” (As Normas de Reprodução, Imitação e Remissão como Parâmetro de Controle de Constitucionalidade nos Estados-Membros da Federação e o Papel das Leis Orgânicas Municipais, in *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro* nº 61, jul./set. 2016, pp. 152-153).

⁵ Carlos Henrique Maciel adverte, com razão, que o Ministério Público “é mais que ‘órgão’; é *organismo* (‘complexo de órgãos’ com fisiologia integrada)” (*Curso objetivo de direito constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 495).

⁶ No original: “è unicamente quello di promuovere, in termini indipendenti e neutrali, l’applicazione da parte del giudice delle scelte adottate in precedenza dal legislatore (costituzionale e/o ordinario) per la composizione delle liti che possono sorgere tra i soggetti della comunità nazionale, perseguendo, nello svolgimento delle indagini e nella presentazione delle richieste al giudice, esclusivamente l’interesse soggettivo che si è oggettivizzato nella norma giuridica e che lui deve ricostruire, nel modo più neutrale possibile, attraverso i canoni logici imposti dall’ordinamento giuridico”⁶. Antonello Gustapane. *Il ruolo del Pubblico Ministero nella Costituzione italiana*, Bologna: Bononia University Press, 2012, pp. 287-288.

1. REGIME JURÍDICO PECULIAR

Os regimes jurídicos do Poder Judiciário e do Ministério Público são delineados em termos mais ou menos genéricos na Constituição brasileira, porém essenciais. No tocante ao *Parquet*, novidades resultantes da comparação entre as Constituições anteriores e a atual são as mais variegadas: o balanço do processo evolutivo de aquisição de independência orgânica aponta para a sua autonomia (desvinculação) institucional (administrativa, orçamentária e financeira⁷) no quadro de Poderes do Estado – sobretudo, o Poder Executivo – e as garantias reforçadas de seus membros, com um perfil que o convola em autêntica Magistratura.

Cada uma dessas instituições têm o seu próprio regime jurídico constitucional, e que, na contextura da Constituição de 1988, têm bases comuns formuladas por normas reprodução ou remissão, não obstante outras disposições constitucionais de natureza geral (v.g., princípios de dignidade da pessoa humana, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, razoabilidade) ou singular (v.g., princípios do promotor natural⁸ e da independência funcional) também incidam sobre eles. De fato, a técnica normativa de reprodução é perceptível no tocante à existência de órgão central de controle (arts. 103-B e 130-A), ao modo dual de organização federativa (arts. 92 e 128), ao complexo de garantias e proibições (arts. 95 e 128, § 5º), à inscrição de autonomia institucional (arts. 96, 99, 127, §§ 2º a 6º, e 168), enquanto a técnica normativa de remissão se capta no § 4º do art. 129 da Constituição⁹ no tocante à carreira de seus agentes ou membros (arts. 93, I

⁷ “A falta da expressão ‘autonomia financeira’ no art. 127, § 2º, da Constituição Federal não invalida a construção interpretativa de sua efetiva existência como garantia do livre exercício das funções institucionais do Ministério Público. Mesmo antes da Emenda Constitucional nº 19/98, o STF já consagrava a competência do Ministério Público para a fixação da política remuneratória de seus membros e dos serviços auxiliares” (STF, ADI 145/CE, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, 20/06/2018, DJe 10/08/2018).

⁸ Bem a propósito, o denominado princípio do juiz natural não é senão a expressão parcelar do *adjective due process of law* que alberga o do promotor natural porque, em maior dimensão, se refere à autoridade competente ao verbalizar que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art. 5º, LIII, Constituição), tanto que, como decidido, “1. A Jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reconhece a existência do princípio do promotor natural, garantia de imparcialidade da atuação do órgão do Ministério Público, tanto a favor da sociedade quanto a favor do próprio acusado, que não pode ser submetido a um acusador de exceção (nem para privilegiá-lo, nem para auxiliá-lo). 2. É inadmissível, após o advento da Constituição Federal de 1988, regulamentada pela Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/1993), que o Procurador-Geral faça designações arbitrárias de Promotores de Justiça para uma Promotoria ou para as funções de outro Promotor, que seria afastado compulsoriamente de suas atribuições e prerrogativas legais, porque isso seria ferir a garantia da inamovibilidade prevista no texto constitucional.” (STF, ADI 2.584/DF, Tribunal Pleno, Red. para acórdão Min. Alexandre de Moraes, 13/10/2020) – princípio jurídico esse de valor constitucional.

⁹ Convém lembrar que ela também existe para a Defensoria Pública (art. 134, § 4º, *in fine*).

a VIII-B, e 129, § 4º)¹⁰ e ao seu funcionamento e organização (arts. 93, IX a XV, e 129, § 4º), em sua maioria¹¹.

No ponto, destaco, especialmente, a radicalização da equivalência com o Poder Judiciário, no sentido da construção de Ministério Público como uma magistratura, quando se verifica sua intensificação na Emenda Constitucional n. 45/04 que, entre outros tópicos (e para além da densidade da remissão ao art. 93), nas vedações impostas a seus membros incluiu a proibição de recebimento de auxílios e contribuições e eliminou a possibilidade do exercício de atividade político-partidária de maneira simétrica.

O que se apresenta relevante é, *prima facie*, diagnosticar a existência de um regime jurídico constitucional próprio (peculiar) a essas instituições, o que significa afirmar que ele tem o caráter de exclusividade, extravagância e derrogação daquilo que lhes for elementar em relação ao regime jurídico constitucional comum ou geral, captado o seu senso de direção pela exata compreensão da natureza de suas finalidades. Isso consiste no estabelecimento de normas jurídicas peculiares de aplicação própria a esses dois organismos do sistema de justiça, sem prejuízo da incidência das gerais, aplicáveis a todos os órgãos e as entidades do poder público.

Regime jurídico constitucional é o conjunto de normas jurídicas que caracterizam uma instituição ou instituto, sediado formal e materialmente no patamar normativo superior (a Constituição), sistematizando-o para a consecução de seus fins, com a definição uniforme, homogênea e coesa de estrutura, características fundamentais e basilares, elementos essenciais, diretrizes gerais, direitos e deveres. Qualificadamente no caso examinado trata-se de regime jurídico da mais alta posição normativa, pois tem raiz e natureza constitucional que se liga, direta ou indiretamente, à organização do Estado e à tutela de direitos e garantias fundamentais com todas as potencialidades daí oriundas

¹⁰ Segundo julgado, “a Constituição estabelece um paralelo entre a movimentação funcional dos membros do Ministério Público e as regras constitucionais para progressão nas carreiras da magistratura. Assim, a remoção dos membros do Ministério Público deverá seguir a forma da remoção para os membros do Poder Judiciário, conforme dicção dos arts. 93, II e VIII-A e 129, § 4º, da Constituição Federal”, destacando “a disciplina que o próprio texto constitucional estabeleceu para a progressão e movimentação funcional de magistrados (art. 93, incisos II e VIII-A, da CF), no tocante aos critérios de antiguidade e merecimento, que, por expressa determinação constitucional, estendem-se aos membros do Ministério Público (art. 129, § 4º, da CF)” (STF, ADI 6.328-GO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 16/08/2022, DJe 22/08/2022).

¹¹ Optou, no entanto, a Constituição pelo método de reprodução das normas constitucionais do Poder Judiciário ao delinear o ingresso na carreira do Ministério Público com a exigência de experiência jurídica trienal (art. 129, § 3º) e ao determinar a distribuição imediata dos processos (art. 129, § 5º).

(como a blindagem própria de cláusulas pétreas, salvo aprimoramento¹², no tocante à autonomia institucional e à independência funcional, ou melhor, as garantias institucionais e funcionais¹³) e que na teia federativa tem a conotação de normas constitucionais de reprodução obrigatória de preordenação¹⁴.

2. O REGIME JURÍDICO SIMÉTRICO

A Constituição adotou no § 4º do art. 129 norma remissiva ao Ministério Público

¹² STF, ADI 5.296/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Rosa Weber, 04/11/2020, DJe 26/11/2020.

¹³ “Ambas não podem ser objeto de propostas de emendas à Constituição tendentes a aboli-las, direta ou indiretamente, porque constituem um direito fundamental da cidadania, incorporado à estrutura do Estado Federal brasileiro (CF, art. 60, § 4º, I e IV).

Nesse particular, incide a *teoria dos limites do poder de reforma constitucional*, que estudamos no Capítulo 7.

Certamente, não há sentido em derrubar as vigas-mestras do *Parquet*, que, com a reconstrução da ordem constitucional, emergiu sob o signo da legitimidade democrática. (...)

Tais garantias, frise-se bem, existem para assegurar o regime democrático. Desvios de conduta devem ser banidos, venham de onde vierem, embora não sirvam de apanágio para o amesquinamento institucional de órgão tão importantíssimo para a preservação das liberdades públicas, dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Um Ministério Público forte, atuante, independente, composto de membros espiritualmente equilibrados, é uma meta distante, mas que se espera, algum dia, ser alcançada. E a saída para combater males não é fulminar aquilo que a Constituição trouxe de benéfico à sociedade. Embora o *dever ser* das normas jurídicas não consiga suplantar as deficiências do ser, em que os desvios de caráter, as vaidades, o torvelinho das ambições inconfessáveis esfloram infrenes, é indiscutível a necessidade de existirem pautas jurídicas de comportamento, a exemplo daquelas previstas nos arts. 127 a 130-A da Constituição Federal, para disciplinar comportamentos e esquematizar órgãos.

Esse foi o motivo pelo qual o Texto de 1988 ampliou as atribuições do Ministério Público, dilatando-lhe a competência, a fim de atender a “antiga reivindicação da própria sociedade civil. Como o Ministério Público não constitui órgão ancilar do Governo, instituiu o legislador constituinte um sistema de garantias destinado a proteger o membro da instituição e a própria instituição, cuja atuação configura a confiança de respeito aos direitos individuais e coletivos, e a certeza de submissão dos Poderes à lei” (STF, voto do Ministro Celso de Mello no MS 21.239, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 23-4-1993).

As garantias do Ministério Público, do mesmo modo que os predicamentos dos juízes e as imunidades parlamentares, não são benesses ou privilégios atentatórios à igualdade de todos perante a lei (CF, art. 5º, *caput*). Existem para defender o próprio Estado Democrático de Direito, sendo um reduto da cidadania contra a arbitrariedade e o abuso de poder daqueles que ocupam funções de mando, e que, por isso mesmo, precisam ser fiscalizados em suas respectivas ações e omissões.

Tais garantias equivalem a direitos subjetivos dos membros do *Parquet*. Logo, são passíveis de proteção judicial, quando negadas ou desrespeitadas por qualquer autoridade, sob pena de comprometimento da correta execução das atribuições constitucionais e legais do próprio órgão.” (Uadi Lammêgo Bulos. *Curso de direito constitucional*, São Paulo, 16. ed.: SaraivaJur, 2023, p. 1243).

¹⁴ “Essas normas geralmente possuem natureza institucional e definem, na Constituição Federal, antecipadamente, a organização dos Poderes e instituições dos Estados-membros. São exemplos dessas normas as que definem a quantidade de Deputados na Assembleia Legislativa (art. 27) e a eleição do Governador e do Vice-Governador (art. 28). São também representativas as normas que dispõem sobre a estruturação do Ministério Público estadual (art. 128, §§ 3º e 4º) e das Polícias estaduais (art. 144). Essas normas geralmente são expressas, haja vista traçarem, com algum detalhe, a organização de instituições estaduais.” (STF, ADI 4.362/DF, Tribunal Pleno, Red. para acórdão Min. Roberto Barroso, 09/08/2017).

daquilo que se contém no art. 93, dedicado ao Poder Judiciário. O emprego de normas remissivas não é novidade na Constituição, havendo-as, por exemplo, na incidência de proibições e incompatibilidades dos parlamentares federais e estaduais aos municipais (art. 29, IX), do regime jurídico dos militares aos policiais militares (art. 42, § 1º) e dos membros do Ministério Público aos do Ministério Público especial (art. 130), na criação e organização de Municípios nos Territórios (art. 33, § 1º), na autonomia do Tribunal de Contas (arts. 73 e 75), na aplicação das regras do processo legislativo comum ao orçamentário (art. 166, § 7º). Elas expressam as ideias de semelhança, equivalência, reflexividade.

Se na redação primitiva a incidência da remissão era restrita à movimentação funcional e à aposentadoria, após a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, houve verdadeira dilatação desse âmbito de comunicação, de maneira que o mencionado art. 93 se aplica integralmente ao *Parquet*, observada a cláusula de constitucionalidade que a permeia.

Também nesse patamar prodrômico, e considerando as inovações derivadas das Emendas Constitucionais n. 45/04, n. 103/19, e n. 130/23, não é adequado rotular simetria entre Ministério Público e Magistratura apenas. Se, inicialmente, o art. 93 dela tratava, essas mudanças ampliaram seu objeto, transitando das linhas fundamentais da estruturação das carreiras para, cumulativamente, albergar a disciplina de pontos essenciais da atividade do Poder Judiciário. Ou seja, ao plexo de normas constitucionais funcionais foram adicionadas normas constitucionais institucionais. Por isso, mais escoreita é a afirmação de regime jurídico-constitucional simétrico entre Ministério Público e Poder Judiciário.

De fato, a “simetria de regime se verifica no âmbito da organização e do estatuto da carreira, e na própria conformação da instituição e de sua autonomia”¹⁵, pois, como assevera Nicolao Dino, “a tônica verificada na Emenda Constitucional n. 45 é a simetria das disposições relativas ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, seguindo, aliás, diretriz já traçada pelo Constituinte de 1988”, o que é uma “tendência mundial, valendo destacar, entre outros, os modelos simétricos adotados em Portugal, França, Espanha,

¹⁵ Wallace Paiva Martins Junior. *Ministério Público: a Constituição e as Leis Orgânicas*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 66, n. 28.

Itália e Alemanha”¹⁶. A outorga aos membros do Ministério Público de garantias semelhantes à Magistratura, “como a independência e a inamovibilidade”, é tendência que “alcançou um estágio avançado em diversos países”¹⁷; comum nos sistemas jurídicos romanos-germânicos que o Ministério Público é “órgão independente” e “age conjuntamente” com o Poder Judiciário “na promoção da justiça”¹⁸.

Na Constituição brasileira, a norma de remissão automaticamente incorpora (ou estende) ao regime jurídico do Ministério Público o do Poder Judiciário - embora melhor estivesse localizada no art. 127. A Constituição é livre para promoção de extensões, equiparações¹⁹, vinculações²⁰ e assimilações que não sejam arbitrárias. Como decidido, “a desigualdade inconstitucional na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos”²¹. Como decidido, é “lícito o estabelecimento de condições de igualdade de tratamento entre os membros das carreiras, como aliás procedeu a lei federal na fixação de normas gerais, não se cogitando aí de afronta ao postulado da isonomia. O que efetivamente não pode extrapolar os parâmetros constitucionais são as garantias institucionais e funcionais (CF, artigos 128, § 5º, I, ‘a’, ‘b’ e ‘c’; e 129, § 4º)”²².

¹⁶ Flávio Dino, Hugo Melo Filho, Leonardo Barbosa e Nicolao Dino. *Reforma do Judiciário: Comentários à Emenda nº 45/2004*, Niterói: Editora Impetus, 2005, pp. 248-249.

¹⁷ John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 146, tradução Cássio Casagrande.

¹⁸ Andréia Costa Vieira. *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 102.

¹⁹ “Simetria não se confunde com isonomia entre regimes jurídicos de agentes públicos distintos. Não se admite no ordenamento jurídico pátrio a equiparação de regimes jurídicos de carreiras que não foram equiparadas pela Constituição da República, sob o fundamento de que os agentes públicos distintos desempenham funções semelhantes.” (STF, AO 1.773/DF, Rel. Min. Luiz Fux, 26/11/2018, DJe 28/11/2018)

²⁰ Como, por exemplo, a Constituição contém a regra proibitiva de equiparações e vinculações para efeito de remuneração dos agentes públicos (art. 37, XIII), só ela pode abrir ou permitir a abertura de exceções, direta ou indiretamente, implícita ou explicitamente.

²¹ STF, ADI 7491 MC-REF/CE, Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 14/02/2024.

²² STF, ADI 2.831 MC/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, 11/03/2004, DJ 28/05/2004.

Se a Constituição instituiu nessa norma de simetria de regime jurídico entre ambas as instituições, ela promove contenção ou limitação constante da fórmula normativa adotada – “no que couber” – e que traduz cláusula de compatibilidade, condicionante da percolação daquilo que for comum e da geração daquilo que for especial.

2.1. Normas jurídicas remissivas

Normas jurídicas remissivas são espécie de normas com proposições jurídicas incompletas (ao lado de aclaratórias e restritivas), e cuja “previsão remete para a previsão de uma outra” norma, de maneira que “a consequência jurídica de uma previsão é determinada mediante remissão para a de uma outra norma. Isto ocorre, as mais das vezes, por meio de fórmulas como ‘o mesmo vale’”²³, conforme explica tradicional doutrina assinalando que:

A aplicação ‘correspectiva’ significa que os elementos singulares da previsão regulados mediante remissão e os da previsão a cuja consequência jurídica remete (...) devem pôr-se em relação uns com os outros, de modo a que aos elementos que devam ser considerados semelhantes se associe a mesma consequência jurídica, segundo a função de cada um e a sua posição na cadeia de sentido da previsão²⁴.

Destarte, “há remissão quando um texto legislativo (a chamada norma de remissão) refere-se a outra ou outras disposições de tal forma que o seu conteúdo deva considerar-se como parte da disposição que inclui a norma de remissão. O conteúdo do objeto da remissão se integra à norma de remissão, incorpora-se a ela por assim dizer”²⁵. Remissão normativa ocorre na incorporação de uma norma ao tratamento, total ou parcial, contido em outra. “Não se trata de aplicação por analogia, mas por remissão expressa”²⁶.

Essa concepção concita à penetração na tipologia das normas jurídicas, sendo conveniente assinalar a natureza dependente das normas remissivas. Classificadas sob o critério da estrutura, em sentido amplo, (a) normas autônomas são as que esgotam a

²³ Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*, 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 364-366 (tradução José Lamago).

²⁴ Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*, 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 364-366 (tradução José Lamago).

²⁵ Kildare Gonçalves Carvalho. *Técnica Legislativa*. 4. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 119.

²⁶ José Afonso da Silva. *Comentário contextual à Constituição*, São Paulo, 8. ed.: Malheiros, 2012, p. 618.

disciplina que estatuem enquanto (b) dependentes são as que, não esgotando a disciplina, exigem outra²⁷. Essa distinção também é arquitetada sobre o critério da plenitude do sentido da norma, divididas em (a) autônomas e (b) não autônomas: aquelas “se expressam com um sentido completo, ou seja, bastam-se por si mesmas para sua compreensão, independentemente de outras normas”, enquanto estas “não possuem sentido completo e, para obter sua perfeita compreensão e efetividade, necessitam de outras normas para quais se remete o raciocínio. Essa remissão poderá ser explícita, quando a lei se refere expressamente a outro dispositivo legal, modificando, restringindo ou ampliando o sentido da norma original, ou simplesmente completando sua compreensão”²⁸.

Remissão é “meio técnico-legislativo para evitar repetições incômodas. A lei pode conseguir o mesmo resultado que o alcançado através de uma remissão, mediante uma ficção”²⁹, que ocorre quando “em determinadas situações o legislador é levado, por necessidade, a aplicar a uma categoria jurídica o regulamento próprio de outra”³⁰. Entretanto, convém gizar que:

Quando assim age, ele se utiliza do elemento ficção jurídico que, no dizer de Ferrara, ‘é um instrumento de técnica legislativa para transportar o regulamento jurídico de um fato para fato diverso que, por analogia de situações ou por outras razões, se deseja comparar ao primeiro. (...) Consoante o jurista Ferrara, a ficção não converte em real o que não é verdadeiro, apenas prescreve idêntico tratamento para situações distintas. É errôneo, pois, afirmar-se que a ficção tem o poder de *tornar verdadeiro o que evidentemente é falso*. Igualmente é imprópria a colocação de Ihering, para quem a ficção jurídica é a ‘mentira técnica consagrada pela necessidade’.³¹

Ficção é recurso da técnica jurídica (ao lado da presunção) que fornece certeza às relações jurídicas, pelo qual se “atribui realidade ao que não tem, considerando verdadeira uma criação artificial do pensamento”, porém, “não transforma em real o que não tem realidade, mas só lhe dá as mesmas consequências, como se fosse real. Caracteriza-se – diz Ferrara – por dar igual tratamento a relações em si materialmente diversas”³². É o

²⁷ Tércio Sampaio Ferraz Junior. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, São Paulo, 2. ed.: Atlas, 1994, p. 126.

²⁸ Silvio da Salvo Venosa. *Introdução ao estudo do Direito*, São Paulo, 6. ed.: Atlas, 2019, pp. 151-152.

²⁹ Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*, 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 364-366 (tradução José Lamago).

³⁰ Paulo Nader. *Introdução ao estudo do Direito*, 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 270.

³¹ Paulo Nader. *Introdução ao estudo do Direito*, 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 270.

³² Paulo Dourado de Gusmão. *Introdução ao estudo do Direito*, Rio de Janeiro, 49. ed.: Forense, 2018, p. 25.

resultado racional de uma alternativa que, no âmbito formal, reflete o exercício de simplificação das fórmulas normativas, pois, a “a ficção jurídica consiste em equiparar voluntariamente algo que se sabe que é desigual”, sem prejuízo de asserir que, no âmbito material, “a lei serve-se de uma ficção onde poderia ter alcançado do mesmo modo os seus objectivos, mediante uma definição”³³.

Porém, há se distinguir: nem toda norma jurídica remissiva é uma ficção. Ficção e remissão, conforme demonstrado com apoio na doutrina, alcançam idêntico resultado, havendo convergência teleológica; porém, são meios (técnicas normativas) diferentes, tanto que se diz que as ficções jurídicas “não são senão remissões encobertas”³⁴. O legislador pode empregar remissões ou ficções.

2.2. Conteúdo

Simetria é decisão constituinte que, direcionada especificamente no § 4º do art. 129 da Constituição, colima, no tocante ao *Parquet*, a equivalência estrutural com proibição de dispensa, nos âmbitos institucional e funcional, de regime jurídico inferior do que o do Poder Judiciário (e vice-versa), como timbrado em decisão do Supremo Tribunal Federal assentando que:

As funções, e.g., de membros do MP e de magistrados são distintas. Contudo, a relação entre magistrados e membros do MP é simétrica; e o é por expressa determinação constitucional. Apesar de os membros do Ministério Público e os magistrados desempenharem funções distintas, seus respectivos regimes jurídicos são simétricos por determinação do Constituinte, especialmente, após o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004. O Promotor oferece a

³³ Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*, 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 364-366 (tradução José Lamego).

³⁴ “O legislador pode ter distintas razões para não expressar abertamente a remissão e para vesti-la com a forma de uma ficção. Se se trata da complementação de uma lei anterior, a razão do emprego da ficção pode residir no empenho em manter a aparência de continuidade: na medida em que o legislador declara que o facto que tem agora de regular é de molde a cair sob a previsão de uma lei anterior, deixa esta aparentemente intocada. O receio de modificar abertamente uma lei existente ou o Direito consuetudinário poderá ter tido um certo papel, sobretudo nos tempos remotos da evolução do Direito. (...) Além disso, a remissão na veste de uma ficção só deve ser entendida de modo a que a norma, para a qual se remete, seja aplicável ‘correspectivamente’. Von THUR observa, com razão, que a equiparação jurídica ‘pode ir mais ou menos longe’; não precisa de ser necessariamente levada até ao fim em todos os planos. Se o legislador não reconheceu todas as consequências da equiparação que ordenou, pode, do escopo da lei, vir a resultar a necessidade de uma interpretação restritiva. (...) Por vezes, a lei serve-se de uma ficção onde poderia ter alcançado do mesmo modo os seus objectivos, mediante uma definição. (...) Por tudo isto, a ficção legal é um meio de expressão que desempenha a função ora de uma remissão, ora de uma restrição, ora de uma aclaração. O sentido e o alcance de uma remissão ou restrição hão-de inferir-se em cada caso do contexto e do escopo da lei, e delimitar-se em conformidade com estes.” (Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*, 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 367-369 - tradução José Lamego).

denúncia e o juiz julga, atividades ontologicamente distintas e, daí, inaplicável a isonomia, mas os seus respectivos regimes jurídicos são simétricos. Nesse seguimento, a afirmação constitucional da simetria entre as carreiras representa, de um lado, a necessidade de espelhamento do regime jurídico dos membros do Ministério Público em relação às determinações existentes para os membros do Judiciário. De outro, porém, a simetria representa, também, a necessidade de que se assegure aos magistrados um regime de garantias e benefícios funcionais não inferior àquele existente para os que apresentam o Ministério Público.³⁵

A noção adotada nesse *decisum* não é a de igualdade, senão de equivalência, reflexividade ou paralelismo, transmitindo a ideia de identidade de medidas, até porque seu pressuposto é, como visto, a diversidade. Entre os atores do sistema de justiça não pode haver subordinação ou amesquinamento de posições; isso se manifestaria se o regime jurídico de um fosse inferior ao do outro, ainda que possa haver diferenciações ontologicamente instituídas em virtude da natureza da função exercida, sobretudo entre os atores estatais (ou públicos)³⁶. E para o Ministério Público ela é singular no sentido de aproximação estrutural ao Poder Judiciário, o que é traço diferencial em relação aos demais atores do sistema de justiça. Enfim, sua situação jurídica deve ser conexa à isonomia de posições, ou seja, de equivalência³⁷.

3. RAÍZES

A *ratio* dessa opção constitucional decerto tem natureza atávica; pesou inegavelmente a característica gemelar entre ambas as instituições, histórica e tradicional no direito romano-germânico³⁸ (e cuja concentração orgânica persiste no direito italiano³⁹, conquanto o direito português adote a segregação dá-lhe idênticas garantias⁴⁰,

³⁵ STF, AO 1.773/DF, Rel. Min. Luiz Fux, 26/11/2018, DJe 28/11/2018.

³⁶ Se bem que, como decidiu o Supremo Tribunal Federal, “a simetria de tratamento entre a magistratura e o Ministério Público, prevista no art. 129, § 4º, da Constituição Federal, não é automaticamente extensível à advocacia pública” (STF, ADI 5.909/RO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, 22/02/2023, DJe 02/03/2023), o que está correto porque cuida-se de órgão subordinado hierarquicamente ao Chefe do Poder Executivo.

³⁷ Uma relação é de equivalência quando é reflexiva, simétrica e transitiva.

³⁸ Assim, por exemplo, tonifica parecer da Procuradoria-Geral da República (AO 1.773/DF): “Particularmente a partir da Emenda Constitucional 45/2004, que alterou o art. 129, §4º, da Constituição, o poder constituinte densificou a simetria de regime jurídico entre juízes e membros do Ministério Público, sendo lícito considerar que atribuiu ao segundo a natureza de magistratura requerente, equiparada à judicial, a exemplo de países europeus de matriz jurídica romanogermânica.”

³⁹ Arts. 107 e 108 da Constituição da República Italiana.

⁴⁰ Art. 219 da Constituição da República Portuguesa.

v.g.). A doutrina assim resume as influências estrangeiras:

Como salienta Nagib Slaibi Filho:

O Ministério Público brasileiro, com a moldura e a consistência que lhe foi dada pela Constituição de 1988, bem representa a contradição decorrente de tais influências, pois: (a) dos Estados Unidos, herdou a desvinculação com o Poder Judiciário, a denominação de sua chefia, o controle externo de determinadas atividades administrativas ligadas ao Poder Executivo, o resquício de poder participar da política partidária, ainda que em hipóteses restritas previstas em lei, a postura independente que aqui somente se subordina à consciência jurídica de seu membro, como, aliás, está na Lei Maior ao assegurar sua autonomia funcional e administrativa (art. 127); (b) da Europa continental, herdou a simetria da carreira com a magistratura, inclusive as prerrogativas similares, o direito de assento ao lado dos juízes, as vestes próprias e até mesmo o vazo de atuar como se magistrado fosse, embora devesse ter o ardor do advogado no patrocínio da causa. O Ministério Público desenvolveu-se sob a influência do Novo e Velho Mundo, e da simbiose vem a sua força.⁴¹

A par de digressões sobre os movimentos de concentração ou segregação de funções ou posições processuais estatais, o sistema jurídico-constitucional brasileiro experimentou uma evolução (nos patamares constitucional e infraconstitucional) para a edificação do *Parquet* como espécie de Magistratura, ainda que àquele a Constituição de 1988 tenha atribuído funções outras, de natureza extrajudicial, inclusive a semelhante ao *ombudsman* (art. 129, II, III, VI a VIII).

É por isso que, para além do componente histórico, incidiram circunstâncias assaz peculiares, resultantes da experiência mais próxima e da literatura precedentes à Constituição de 1988, tendentes à uma nova conformação constitucional de Ministério Público orientada para seu fortalecimento institucional como garantia da população para promoção da justiça (exclusividade da promoção da ação penal pública; controle da atividade estatal, e, em especial, policial; tutela de interesses transindividuais; atribuição de poderes investigatórios, v.g.).

Esse caldo de cultura engendrou a verbalização de Ministério Público funcionalmente independente e institucionalmente autônomo. A Constituição é diáfana a respeito, como antes observado: a morfologia simétrica consta de vários preceitos relacionados à instituição de órgão central de controle, ao modo dual de organização federativa, ao complexo de garantias e proibições, à atribuição de autonomia institucional;

⁴¹ Alexandre de Moraes. *Direito Constitucional*, São Paulo, 36. ed.: Atlas, 2020, p. 1116.

e para não desautorizar essa escolha primacial se estatuiu a norma de encerramento ou extensão no § 4º de seu art. 129. No âmbito da comunicação das garantias funcionais, decisão do Conselho Nacional de Justiça resgatou a evolução histórico-normativa dessa simetria e a concebeu como “reflexo da interpretação sistêmica da Constituição Federal”.⁴²

4. EXCEÇÕES

A remissão não é absoluta porque é limitada pela cláusula de compatibilidade (situações em que a peculiaridade do Ministério Público é impeditivo dessa extensão, impondo a verificação da compatibilidade da simetria com a própria natureza da instituição)⁴³, e cujo conteúdo revela a admissibilidade, no domínio abstrato infraconstitucional ou de concreta e direta exequibilidade, de exceções baseadas restritivamente naquilo que for ontologicamente peculiar (v.g., a distinção nuclear entre o modo de atuação por impulso oficial ou mediante provocação à luz da parêmia *ne procedat iudex ex officio*). Além disso, o caráter restritivo das exceções deve atender à necessidade de interesse público de peculiaridades e especificidades que, residual e pontualmente, afastam o *Parquet* do Poder Judiciário, orientado pelos princípios de

⁴² “(...) II — A Constituição de 1988, em seu texto originário, constituiu-se no marco regulatório da mudança de nosso sistema jurídico para a adoção da simetria entre as carreiras da magistratura e do Ministério Público, obra complementada por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, mediante a dicção normativa emprestada ao § 4º do art. 129.

III — A determinação contida no art. 129, § 4º, da Constituição, que estabelece a necessidade da simetria da carreira do Ministério Público com a carreira da Magistratura é autoaplicável, sendo necessária a comunicação das vantagens funcionais do Ministério Público, previstas na Lei Complementar 75, de 1993, e na Lei nº 8.625, de 1993, à Magistratura e vice-versa sempre que se verificar qualquer desequilíbrio entre as carreiras de Estado. Por coerência sistêmica, a aplicação recíproca dos estatutos das carreiras da Magistratura e do Ministério Público se autodefine e é autossuficiente, não necessitando de lei de hierarquia inferior para complementar o seu comando.

IV — Não é possível admitir a configuração do esdrúxulo panorama segundo o qual, a despeito de serem regidos pela mesma Carta Fundamental e de terem disciplina constitucional idêntica, os membros da Magistratura e do Ministério Público brasileiros passaram a viver realidades bem diferentes, do ponto de vista de direitos e vantagens. (...)” (RDA, Rio de Janeiro: FGV, v. 256, pp. 273-298, jan./abr. 2011)

⁴³ “Agora, seu regime de magistratura se aperfeiçoou com maior densidade, concluindo-se que os princípios e regras do art. 93 e seus incisos são aplicáveis ao *Parquet* desde que não sejam ontologicamente incompatíveis. Com efeito, há no § 4º do art. 129 da Carta Magna na redação dada pela Emenda n. 45 cláusula de compatibilidade para a extensão das normas do art. 93, revelada pela expressão “no que couber”. Ela significa que, em linha de princípio, as disposições referentes ao Poder Judiciário e aos magistrados serão aplicáveis ao Ministério Público e seus membros salvo naquilo que for ontologicamente particularizado ao *Parquet* e seus agentes como expressão do que lhe for próprio e diferencial.” (Wallace Paiva Martins Junior. *Ministério Público: a Constituição e as Leis Orgânicas*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 65, n. 28)

razoabilidade e proporcionalidade, porque, consoante hígida advertência doutrinária, “a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstanciais peculiarizadas de uma categoria de indivíduos se não houver adequação razoável entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada”⁴⁴.

Para se arquitetar exceções à simetria de regime jurídico, a premissa fundante é a compatibilidade com peculiaridades ou especificidades próprias a cada uma das atividades de ambas as instituições. Em outros termos, exige-se a prospecção daquilo é próprio, elementar ou diferencial, pois, do contrário, prevalecerá a regra. Deve haver relação de imprescindibilidade residual e excepcional da diversidade: se é interdito aquilo que for inferior ou pior, as assimetrias, conforme a cláusula de compatibilidade, atuam dinamicamente para validar o que for diferenciado.

Se elementos constantes do *nocciolo duro* da autonomia institucional e da independência funcional, e notadamente das garantias e vedações, não podem ser diferenciados arbitrariamente, assim como os pontos essenciais das carreiras (forma e modo de ingresso, movimentação funcional⁴⁵, moradia na comarca, perda do cargo mediante decisão judicial transitada em julgado, remuneração etc.) e do funcionamento (publicidade, motivação, balizamento para criação de órgãos e cargos etc.), há espaços em que a conformação infraconstitucional deve atender à natureza elementar, singular e peculiar à própria função (atuação integrada, divisão de atividades e competências etc.).

⁴⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo, 3. ed.: Malheiros, 2017, p. 50.

⁴⁵ Decisão manifesta que “a Constituição Federal estabelece clara simetria entre a movimentação funcional dos membros do Ministério Público e as regras constitucionais de progressão nas carreiras da magistratura. Assim, a remoção dos membros do Ministério Público deverá seguir a forma da remoção para os membros do Poder Judiciário, conforme dicção dos arts. 93, II e VIII-A e 129, § 4º, da Constituição Federal” e “tanto a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/1993) quanto a impugnada Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul (LC 72/1994) devem balizar o regime de movimentação funcional dos membros do Ministério Público estadual de acordo com o preceito constitucional que o atrela à dinâmica própria dos magistrados, incorporando critérios alternados de antiguidade e de merecimento na ascensão vertical” (STF, ADI 7.287/MS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 26/06/2023, DJe 10/07/2023).

Conquanto inamovibilidade⁴⁶, organização em instâncias⁴⁷, tratamento protocolar etc. tenham identidade de dimensão, os cânones de unidade e indivisibilidade modelam de maneira distinta o Ministério Público, não bastassem outros diferenciais como a conformação de deveres funcionais especiais (positivos ou negativos) de acordo com a natureza de cada função, o caráter substitutivo das decisões dos órgãos revisores no Poder Judiciário, e, para ambos, a radical diferença da natureza judicial ou extrajudicial dos atos praticados.

5. FUNCIONALIDADES

A simetria de regime jurídico entre Ministério Público e Poder Judiciário como princípio constitucional no direito brasileiro para ambas as instituições é reflexiva de contenção à atividade do Poder Legislativo no nível normativo, operando como limite à liberdade de conformação (ou discricionariedade normativa) à ação do governo ou da maioria parlamentar, o que é elementar ao sistema de *checks and balances* decorrente do princípio de separação de poderes e à tutela de direitos fundamentais (em que se visualiza o Ministério Público como garantia institucional da sociedade). Percuciente observação discorre que “a existência do Ministério Público, assim, deve ser inserida no plano dos direitos-garantia, refletindo uma ‘*garantia institucional*’ ao exercício de inúmeros direitos assegurados no texto constitucional, inclusive de cunho prestacional.”⁴⁸

Essa lição repousa na teoria que concebe a garantia institucional como “a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um

⁴⁶ “MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA QUE CONSIDEROU A INAMOVIBILIDADE GARANTIA APENAS DE JUIZ TITULAR. INCONSTITUCIONALIDADE. A INAMOVIBILIDADE É GARANTIA DE TODA A MAGISTRATURA, INCLUINDO O JUIZ TITULAR E O SUBSTITUTO. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. I – A inamovibilidade é, nos termos do art. 95, II, da Constituição Federal, garantia de toda a magistratura, alcançando não apenas o juiz titular, como também o substituto. II - O magistrado só poderá ser removido por designação, para responder por determinada vara ou comarca ou para prestar auxílio, com o seu consentimento, ou, ainda, se o interesse público o exigir, nos termos do inciso VIII do art. 93 do Texto Constitucional. III – Segurança concedida.” (RTJ 232/235)

⁴⁷ A organização em (duplicidade de) instâncias não impede a classificação dos cargos da carreira e a distribuição de atribuições e competências de maneira diferenciada, não havendo compulsoriedade para reflexividade entre ambas as instituições.

⁴⁸ Emerson Garcia. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*, Rio de Janeiro, 3. ed.: Lumen Juris, 2008, p. 47.

componente institucional que os caracteriza” e apresenta a garantia constitucional como a “que disciplina e tutela o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado”⁴⁹.

A relação de simetria tem (a) eficácia positiva que orienta a atividade estatal (administrativa, legislativa, judicial, governamental) emissora de atos normativos infraconstitucionais, administrativos e jurisdicionais, (b) eficácia negativa para destruição de comportamentos discrepantes e (c) eficácia interpretativa reafirmadora de sua aplicação, inclusive em face de buracos negros no patamar normativo ou executório.

Simetria é conteúdo, remissão é forma. A norma de simetria gera e pressupõe a existência de ambos os regimes. Essa norma jurídica tem eficácia vinculante e que se caracteriza, na sua essência, por consistir em mandamento constitucional que impõe o dever jurídico de similaridade de regime jurídico, para além de outras considerações⁵⁰, como antes examinado em outra sede⁵¹. Ambos os regimes jurídicos têm pontos comuns fixados e sua funcionalidade implica o proveito dos produtos gerados no nível infraconstitucional (normativo ou executivo) para preservação do significado de semelhança, *a latere* da construção de regime jurídico que deve ser reflexivo. Daí o sentido de dever qualificado de legislar.

Trata-se de norma constitucional de eficácia plena, com a natureza de princípio jurídico-constitucional, atuando inclusive em “via de mão dupla”. Por isso, cuida-se da simetria de regime jurídico entre Ministério Público e Poder Judiciário, e não daquele a este.

⁴⁹ Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, 25. ed.: Malheiros, 2010, p. 537.

⁵⁰ Dentre esses efeitos, por exemplo, a qualidade ou *status* da lei orgânica como lei complementar e a comunicação de regras infraconstitucionais de direitos e deveres como fonte de legalidade.

⁵¹ “Firme será interpretação, por exemplo, que confira iniciativa legislativa exclusiva ao Ministério Público para a edição de leis (complementares) para os fins dos arts. 127, § 2º, *in fine*, e 128, § 5º, da Constituição (estatuto, organização, funcionamento) por força da remissão ao art. 93 (em especial, o *caput*) – além de seu poder normativo (decorrente da teoria dos poderes implícitos em razão da autonomia administrativa já prevista).” (Wallace Paiva Martins Junior. *Ministério Público: a Constituição e as Leis Orgânicas*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 66, n. 28)

6. AS RESOLUÇÕES DOS CONSELHOS NACIONAIS DE JUSTIÇA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Inicialmente surgiu a Resolução n. 133, de 21 de junho de 2011, do Conselho Nacional de Justiça, que “dispõe sobre a simetria constitucional entre Magistratura e Ministério Público e equiparação de vantagens”, enunciando que são devidas aos magistrados, cumulativamente com os subsídios, verbas e vantagens previstas na Lei Complementar n. 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) e na Lei n. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público). Em seguida, e com maior amplitude, vieram a Resolução n. 528, de 20 de outubro de 2023, do Conselho Nacional de Justiça, e a Resolução n. 272, de 24 de outubro de 2023, do Conselho Nacional do Ministério Público: aquela estabelecendo que “os direitos e deveres validamente atribuídos aos membros da Magistratura ou do Ministério Público aplicam-se aos integrantes de ambas as carreiras, no que couber”; esta enunciando que “os direitos e deveres validamente atribuídos aos membros do Ministério Público e da Magistratura aplicam-se aos integrantes de ambas as carreiras, no que couber”. Elas são bem sintetizadas pela compreensão de que “a Constituição Federal determinou uma equiparação entre as carreiras do Ministério Público e da Magistratura. Parece claro, à luz do texto constitucional, que uma não pode ter, em relação à outra, situação de inferioridade ou superioridade”⁵².

Cuida-se de série normas sobre a equiparação constitucional entre direitos e deveres do Ministério Público e da Magistratura e vice-versa, sem qualquer receio na sindicância de sua legitimidade constitucional. Com efeito, o direito brasileiro, na senda dos sistemas jurídicos ocidentais, vem abrindo outros espaços para edição de regulamento autônomo. A literatura explica que “a Constituição de 1988, apesar de reservar a primazia da lei, não concedeu o monopólio da função normativa ao Poder Legislativo,

⁵² Eis trecho do voto do Presidente do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Luís Roberto Barroso:

“1. A questão se afigura simples, de mero cumprimento do texto constitucional e em linha com o que já decidiu este Conselho na Resolução CNJ nº 133/2011: a Constituição Federal determinou uma equiparação entre as carreiras do Ministério Público e da Magistratura. Parece claro, à luz do texto constitucional, que uma não pode ter, em relação à outra, situação de inferioridade ou superioridade.

2. Naturalmente, sendo a magistratura o paradigma para o Ministério Público, em termos de direitos e obrigações, juízes não podem, nem devem, ter situação desfavorável em relação a membros do MP. Até porque tal quadro impacta na atratividade das carreiras, quando ambas devem ter a ambição de conquistar, em condição de igualdade, os melhores quadros.” (Ato Normativo 0006697-61.2023.2.00.0000)

estabelecendo outras fontes normativas primárias, tanto no Executivo (medidas provisórias, decretos autônomos), quanto no Judiciário (poder normativo primário do Conselho Nacional de Justiça)”⁵³, até porque o princípio da reserva de lei compreende gradientes diferenciados nos círculos da reserva absoluta e da reserva relativa, sendo que esta é fértil para atividade normativa de outras fontes como a regimental e a regulamentar, balizando também regulamentos autorizados.

Nas contemporâneas sociedades complexas pós-industriais, a legalidade adquiriu sentido diferente, tendo conotação ampla que admite diversas formas de expressão do direito (Constituição, princípios jurídicos, tratados e convenções internacionais, leis, regulamentos) diversa da restrita que se concentra na norma legislativa ou parlamentar (ainda que com variações de intensão), apontando para a concepção de juridicidade (ou bloco de legalidade), de atuação conforme o ordenamento jurídico.

As manifestações doutrinárias expõem variados prismas para ampliação das hipóteses de admissibilidade (ou cabimento) de regulamento autônomo – e essa é a natureza das resoluções examinadas. A produção de normas jurídicas além do círculo da reserva de lei é denominada de poder normativo da Administração e consiste na faculdade da Administração Pública “de emitir normas para disciplinar matérias não privativas da lei”⁵⁴.

Algumas teorias foram desenvolvidas para explicação desse movimento que alarga a dimensão subjetiva dos centros ou núcleos produtores de normas jurídicas e não se exaure na competência do Chefe do Poder Executivo prevista no art. 84, VI, da Constituição Federal porque Poder Judiciário, Ministério Público, Tribunal de Contas também têm, em dose diferenciada, essa atribuição em razão da autonomia institucional conferida pela Constituição, e a partir da Emenda Constitucional n. 45/04 vieram a lume no tecido institucional brasileiros os Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público, aquinhoados de expressa competência regulamentar (arts. 103-B, § 4º, I e 130-A, § 2º, I) - o que, aliás, eliminou a exclusividade dessa denominação ao Chefe do Poder Executivo.

⁵³ Alexandre de Moraes. *Direito constitucional*, 36. ed., São Paulo: Atlas, 2020.

⁵⁴ Odete Medauar. *Direito Administrativo Moderno*, 11. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 115.

Pois, para além do art. 84, VI, da Constituição, se concebe a existência de competência normativa autônoma para (a) realização de direitos fundamentais aliada a ausência de lei, sacrificante de valores protegidos constitucionalmente, (b) exercício de competência decorrente diretamente da Constituição, (c) matérias não reservadas à lei, (d) disciplina de relação de sujeição especial, (e) concretização de princípios, fins e deveres do Estado, (f) direção superior da administração e hierarquia. Essas hipóteses devem ser calibradas, no entanto, pelos limites que o próprio ordenamento jurídico implanta, como a reserva de lei (nas formas estrita e não escrita). São incluídas nessas limitações hipóteses em que não haja reserva explícita de lei, mas, tácita ou implícita, identificadas na reserva de iniciativa legislativa e na autorização legislativa (pois, esta pressupõe aquela).

No tocante à concretização de direitos fundamentais em razão da omissão legislativa, se expõe que “desde a EC n. 32/2001, o inciso VI do art. 84 da CF/88 autoriza regulamentos autônomos em matéria específica e circunscrita. Fora desse campo, apenas se poderão admitir regulamentos autônomos orientados a assegurar a realização de direitos fundamentais, quando a ausência de lei puder acarretar o sacrifício de valores protegidos constitucionalmente”⁵⁵. Com efeito, “a ausência de lei jamais poderia impedir que a Administração Pública agisse a fim de concretizar os objetivos do Estado. Dessa maneira, em regra, a prática de atos administrativos e atos da Administração, incluindo atos normativos, é sempre possível mesmo na ausência de lei específica tratando da matéria desde que: (1) tais atos sirvam para a concretização dos fins do Estado (arts. 1.º a 4.º da CF) e (2) pautem-se pelos princípios basilares de direito administrativo (sobretudo os do art. 37, *caput*, da CF). Isso significa dizer que o Poder Público não está autorizado a negar efetividade à Constituição em razão de uma omissão do legislador, salvo em algumas situações excepcionais”, enumeradamente (a) a reserva legal estrita, (b) a primazia da lei, e (c) a reserva não escrita de lei⁵⁶. Nesse sentido, se difunde que “é

⁵⁵ Marçal Justen Filho. *Curso de Direito Administrativo*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 312.

⁵⁶ “1. não existe lei sobre a matéria, mas existe reserva de lei complementar ou de lei ordinária em sentido estrito, tornando obrigatória a edição de lei formal do Congresso sobre o assunto para que o Executivo possa agir ou mesmo expedir atos normativos (regra da reserva legal estrita);

2. não existe uma reserva de lei, mas o Congresso Nacional editou lei sobre o assunto que não fere o campo reservado ao poder regulamentar autônomo e que, em razão do princípio da primazia da lei, condiciona a atuação do Poder Executivo;

3. não existe lei nem reserva de lei explícita, mas há uma reserva de lei implícita pelo fato de que a atividade do Executivo tem por fim restringir direitos e liberdades fundamentais de modo significativo (reserva não escrita de lei)” (Thiago Marrara. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. In: Maria

possível admitir outros casos (não expressos) de poder normativo autônomo a partir da consagração do princípio da juridicidade. Em tempos de constitucionalização do ordenamento jurídico, a omissão legislativa não pode servir como um mecanismo fraudulento para impedir a plena efetividade do texto constitucional. Reconhecidas a superioridade da Constituição e a centralidade dos direitos fundamentais, deve ser admitida a edição de regulamentos autônomos em relação às matérias não sujeitas à reserva legal, quando a Administração Pública tiver como norte o atendimento de objetivos (deveres) constitucionais”⁵⁷.

Também se entende que o exercício desse poder normativo é limitado às matérias diretamente ligadas às competências constitucionais da Administração, excetuadas aquelas reservadas à lei formal, destinando-se, em linha de princípio, à disciplina de alguma situação ou relação jurídica de sujeição por título especial (singular) e indiretamente às demais pessoas⁵⁸.

Ressalvando que a limitação de direitos individuais sempre demanda lei formal, razão pela qual a esfera de competência normativa de Administração não tem o poder de lhes afetar⁵⁹, não é ocioso registrar que a jurisprudência constitucional também oferece sua contribuição significativa. Um exemplo consiste na proibição do nepotismo por resolução do Conselho Nacional de Justiça, que foi concebida como ato normativo primário, destacando a Suprema Corte como “finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado” (impessoalidade, eficiência, igualdade e moralidade), de maneira que os “densifica apropriadamente”, sem ofender “a pureza do princípio da separação dos Poderes”, tendo em vista a competência normativa do órgão central de controle⁶⁰ (e essa questão, aliás, foi reiteradamente julgada⁶¹). Da jurisprudência conclui-

Sylvia Zanella Di Pietro; Carlos Vinícius Alves Ribeiro (coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. pp. 230-260).

⁵⁷ Rafael Carvalho Rezende Oliveira. *Curso de direito administrativo*, 9. ed., Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

⁵⁸ Fabrício Motta. *Função normativa da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, pp. 174-175.

⁵⁹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Wallace Paiva Martins Junior. *Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo*, 3. ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2022, vol. 1, p. 299.

⁶⁰ STF, ADC 12 MC/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, 16/02/1996, DJ 01/09/2006 (RTJ 199/427).

⁶¹ Envolvendo novamente o nepotismo, as linhas-mestras desse *leading case* foram reiteradas ao ensejo de acórdão, prolatado em sede de repercussão geral, estadeado nas premissas de que “a vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática” e a proibição “decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal” (Tema 66) (STF, RE 579.951/RN, Tribunal Pleno, Rel.

se a inexigibilidade da reserva de lei e a sua dispensa para concretização de princípios constitucionais (não se perquirindo a eficácia normativa em relação a *tertius*). Essa compreensão foi tonificada em outro julgado que examinou a constitucionalidade de lei de iniciativa parlamentar prescrevendo regras de moralidade administrativa para nomeação em cargos de provimento em comissão e funções de confiança: embora rechace a reserva de iniciativa legislativa, coloca outra vez em cena que a aplicação do princípio de moralidade administrativa independe de lei, ao gizar que “não há falar em vício de iniciativa de lei que impõe obrigação que deriva automaticamente da própria Constituição da República”⁶². Também assim em face do silêncio normativo, como são as sugestivas decisões a respeito da união homoafetiva como família⁶³ e consequente licença-maternidade⁶⁴.

7. SIMETRIA E APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA

É ainda conveniente pesquisar a posição da simetria constitucional de regimes em contraste à aplicação subsidiária das leis orgânicas das esferas de Ministério Público. Já se decidiu que “o Ministério Público nacional é uno [art. 128, I e II, da Constituição do Brasil], compondo-se do Ministério Público da União e dos Ministérios Públicos dos Estados”⁶⁵. De fato, “é um só o Ministério Público; fazendo sentido falar-se de um Ministério Público nacional”⁶⁶, embora para essas esferas haja dualidade de regimes jurídicos.

A Lei Complementar n. 75/93 enuncia, no tocante aos membros do Ministério

Min. Ricardo Lewandowski, 20/08/2008, DJe 24/10/2008). E, ainda, focalizando outra vez o nepotismo, refutando a inconstitucionalidade de lei de iniciativa parlamentar proibitiva dessa prática, a Corte decidiu, em repercussão geral (Tema 29), que “não é privativa do Chefe do Poder Executivo a competência para a iniciativa legislativa de lei sobre nepotismo na Administração Pública: leis com esse conteúdo normativo dão concretude aos princípios da moralidade e da impessoalidade do art. 37, *caput*, da Constituição da República, que, ademais, têm aplicabilidade imediata, ou seja, independente de lei” (STF, RE 570.392/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, 11/12/2014, DJe 19/02/2015).

⁶² STF, RE 1.273.372 AgR/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, 15/05/2023, DJe 01/06/2023.

⁶³ STF, ADPF 132/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, 05/05/2011, DJe 14/10/2011.

⁶⁴ “A servidora pública ou a trabalhadora regida pela CLT não gestante em união homoafetiva têm direito ao gozo da licença-maternidade. Caso a companheira tenha usufruído do benefício, fará jus a período de afastamento correspondente ao da licença-paternidade (Tema 1072 de repercussão geral).

⁶⁵ STF, MS 26.690/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, 03-09-2008, DJe 19-12-2008 (RTJ 209/594).

⁶⁶ Wallace Paiva Martins Junior. *Ministério Público: a Constituição e as Leis Orgânicas*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 34, n. 12.

Público da União, a aplicação subsidiária da legislação (geral) dos servidores públicos federais (art. 287), enquanto a Lei n. 8.625/93 determina que “aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União” (art. 80).

A aplicação subsidiária é meio técnico para superação de omissões. Ela não poderá desprezar a incidência das normas do Poder Judiciário e da Magistratura em primeira ordem de solução, sob pena de relativização indevida da simetria cuja posição hierárquico-normativo é constitucional. Além disso, a aplicação subsidiária tem como pressuposto a lacuna (ausência de norma), o que não existe em norma remissiva em razão de seu efeito integrativo expresso de uma situação a outra.

8. A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 135⁶⁷.

Alterando o § 11 do art. 37 da Constituição de 1988 incluído pela Emenda Constitucional n. 47, de 2005⁶⁸, cuja função era explicitar a exclusão das parcelas de caráter indenizatório previstas em lei dos limites remuneratórios do inciso XI do mesmo dispositivo, que instituiu o teto remuneratório, veio a lume, em 20 de dezembro de 2024, a Emenda Constitucional n. 135 estabelecendo que “não serão computadas, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do *caput* deste artigo, as parcelas de caráter indenizatório expressamente previstas em lei ordinária, aprovada pelo Congresso Nacional, de caráter nacional, aplicada a todos os Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos”. Dessa emenda consta, ainda, norma de transição, determinando que “enquanto não editada a lei ordinária de caráter nacional, aprovada pelo Congresso Nacional, a que se refere o § 11 do art. 37 da Constituição Federal, não serão computadas, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do *caput* do referido artigo, as parcelas de caráter indenizatório previstas na legislação” (art. 3º).

Uma ligeira leitura desses textos fornece os seguintes corolários: (a) só serão excluídas do teto parcelas (vantagens pecuniárias) de caráter indenizatório (o que não se

⁶⁷ Tópico adicionado após a palestra antes referida.

⁶⁸ Não serão computadas, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do *caput* deste artigo, as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei.

confunde com indenizações solvidas em parcelas) desde que previstas em lei nacional, cuja iniciativa legislativa não é do Congresso Nacional, embora tautologicamente haja referência a aprovação do Congresso Nacional, o que é competência decisória e não iniciativa legislativa; (b) dispor sobre limite remuneratório *lato sensu* é disciplina de regime jurídico que, para os servidores públicos em geral, é de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, c), ressalvados os magistrados, membros do Ministério Público e do Tribunal de Contas e defensores públicos (arts. 73, § 3º, 93, 127, § 2º, 128, § 5º, 129, § 4º, 134, § 4º)⁶⁹, lembrando que ao Presidente da República tem iniciativa legislativa apenas para normas gerais de organização dos Ministério Público e Defensoria Pública estaduais (art. 61, § 1º, II, d); (c) a norma é de eficácia limitada, tanto que o art. 3º é regra transitória de recepção da legislação precedente, excluindo do teto parcelas indenizatórias; (d) o termo “legislação”⁷⁰ não equivale nem significa lei em sentido formal senão abrange leis em sentido estrito e outros atos normativos (1) com valor semelhante a lei (como regulamentos autônomos ou independentes) e (2) com valor inferior a lei (como regulamentos executivos e autorizados); (e) a exigência de lei nacional com previsão expressa não impediria sua interpretação como reserva relativa de lei, admitindo, mediante diretrizes, regras gerais ou *standards*, regulamento autorizado de órgãos centrais de controle ou dos próprios poderes e órgãos constitucionais autônomos.

CONCLUSÕES

À guisa de encerramento, concluo que a simetria de regimes jurídicos que irrompe do § 4º do art. 129 da Constituição de 1988:

(a) se estadeia entre Ministério Público e Poder Judiciário - e não entre Ministério Público e Magistratura nem do Ministério Público à Magistratura – porque entende com o

⁶⁹ O Ministério Público detém iniciativa legislativa para a política remuneratória da instituição (art. 127, § 2º).

⁷⁰ Vicente Ráo traz à baila o conceito de François Geny, para quem legislação “compreende ‘todos os atos da autoridade cuja missão consiste em editar regras gerais, sob a forma de injunções obrigatórias, como são as leis propriamente ditas, os decretos, os regulamentos’” (*O direito e a vida dos direitos*, São Paulo, 3. ed.: Revista dos Tribunais, 1991, vol. I, p. 244, n. 202). E o Código Tributário Nacional distingue a reserva de lei tributária (art. 97) da legislação tributária (art. 96), conceituada em uma dimensão maior como a que “compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes”.

conjunto de normas constitucionais institucionais e funcionais;

(b) é norma constitucional de eficácia plena (*self executing*) que verbaliza um princípio jurídico de pré-ordenação na organização do Estado, a ser observado nas esferas central e radial do sistema de justiça;

(c) sua natureza de princípio jurídico (geral) implica eficácia positiva (construtiva), negativa (destrutiva) e interpretativa em relação ao direito infraconstitucional e aos atos executórios de qualquer natureza (governamental, administrativo, jurisdicional, judicial, legislativo e normativo);

(d) seu *status* é de norma constitucional enunciando que entre ambos os órgãos ou instituições não pode haver regime jurídico inferior;

(e) é articulada por norma constitucional remissiva que, todavia, comporta temperamento ou relativização, expressa na cláusula de compatibilidade, que alija a incorporação daquilo que for exclusivo de um em relação ao outro e admite a apropriação daquilo que for comum a ambos os órgãos, conforme a natureza ontológica de sua função;

(f) tem sentido dúplice de direção e caráter dinâmico em face de futuros ajustamentos normativos, reduzindo a discricionariedade legislativa;

(g) contém mandado de legislar e tem natureza de limite constitucional objetivo-formal às modificações da Constituição, considerada sua funcionalidade como garantia *pro societatis* e como mecanismo da divisão funcional do poder;

(h) as resoluções editadas pelos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público que concretizam o princípio constitucional de simetria entre Poder Judiciário e Ministério Público são radicadas em sua competência normativa primária, não invadem a reserva de lei, decorrendo diretamente da Constituição.

REFERÊNCIAS:

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 7. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, 6. ed., Brasília: Editora

- Universidade de Brasília, 1995 (tradução Maria Celeste C. J. Santos).
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, 25. ed.: Malheiros, 2010.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*, São Paulo, 16. ed.: SaraivaJur, 2023.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Técnica Legislativa*. 4. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- DINO, Flávio, MELO FILHO, Hugo, BARBOSA, Leonardo e DINO, Nicolao. *Reforma do Judiciário: Comentários à Emenda nº 45/2004*, Niterói: Editora Impetus, 2005.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo*, 3. ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2022, vol. 1.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, São Paulo, 2. ed.: Atlas, 1994.
- GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*, Rio de Janeiro, 3. ed.: Lumen Juris, 2008.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do Direito*, Rio de Janeiro, 49. ed.: Forense, 2018.
- GUSTAPANE, Antonello. *Il ruolo del Pubblico Ministero nella Costituzione italiana*, Bologna: Bononia University Press, 2012.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997 (tradução José Lamego).
- MACIEL, Carlos Henrique. *Curso objetivo de direito constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2014.
- MARRARA, Thiago. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. In: Maria Sylvia Zanella Di Pietro; Carlos Vinícius Alves Ribeiro (coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Ministério Público: a Constituição e as Leis Orgânicas*, São Paulo: Atlas, 2015.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 11. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo, 3. ed.: Malheiros, 2017.

MERRYMAN, John Henry e PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009 tradução Cássio Casagrande.

MODESTO, Paulo. As Normas de Reprodução, Imitação e Remissão como Parâmetro de Controle de Constitucionalidade nos Estados-Membros da Federação e o Papel das Leis Orgânicas Municipais, *in Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro* nº 61, jul./set. 2016.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, São Paulo, 36. ed.: Atlas, 2020.

MOTTA, Fabrício. *Função normativa da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*, 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*, 9. ed., Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, São Paulo, 3. ed.: Revista dos Tribunais, 1991, vol. I.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, São Paulo, 8. ed.: Malheiros, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Introdução ao estudo do Direito*, São Paulo, 6. ed.: Atlas, 2019.

VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

O IMPACTO DAS AÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA FORMULAÇÃO E EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO CAMPO DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO DE CRIANÇAS E JOVENS

THE IMPACT OF THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE'S ACTIONS ON THE FORMULATION AND IMPLEMENTATION OF PUBLIC POLICIES IN THE FIELD OF THE RIGHT TO FOOD FOR CHILDREN AND YOUNG PEOPLE

Fernando Rister de Souza Lima

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie e do Departamento de Teoria Geral do Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Naomi Mandelbaum

Graduanda do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo o estudo do impacto da atuação do Ministério Público no âmbito judicial e extrajudicial para a formulação, fortalecimento, execução e/ou realinhamento de políticas públicas no campo do direito à alimentação de crianças e jovens, buscando compreender como se dá nesse campo a articulação entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como com a sociedade. Para tanto, inicialmente focaliza o histórico da legislação referente ao direito à alimentação a nível internacional e nacional, em especial a partir do período da redemocratização do Brasil, tendo como marco a Constituição Federal de 1988. Revisa-se também a bibliografia brasileira sobre o tema para, então, buscar casos de atuação do Ministério Público na proteção e garantia deste direito. A análise dos casos evidenciou (i) a fome e a má qualidade da alimentação como ainda uma triste realidade de muitas crianças e jovens no Brasil; (ii) a legitimidade do Ministério Público para propor ações no campo; (iii) o arcabouço legal existente para a proteção deste direito; (iv) diferentes políticas públicas desenvolvidas nesse âmbito; e (v) limites e possibilidades do Ministério Público exigir pela via judiciária a correção e o alinhamento dessas políticas. O Ministério Público vem realizando um importante trabalho na garantia do direito à alimentação de crianças e jovens, mas a consecução destas políticas só é possível através de um trabalho em rede, que envolve os três poderes, a sociedade civil e as instituições voltadas para a educação, saúde, meio ambiente e assistência social, de modo a fortalecer o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direito à alimentação. Infância e juventude. Ministério Público. Políticas Públicas.

ABSTRACT

This article aims to study the impact of the Public Prosecutor's Office's actions in the judicial and extrajudicial spheres for the formulation, strengthening, execution and/or realignment of public policies in the field of the right to food for children and young people, seeking to understand how the articulation between the Executive, Legislative and Judicial Powers, as well as with society, occurs in this field. To this end, it initially focuses on the history of legislation regarding the right to food at the international and national levels, especially since the period of redemocratization in Brazil, having as a landmark the Federal Constitution of 1988. It also reviews the Brazilian bibliography on the subject in order to then seek cases of action by the Public Prosecutor's Office in the protection and guarantee of this right. The analysis of the cases highlighted (i) hunger and poor quality of food as still a sad reality for many children and young people in Brazil; (ii) the legitimacy of the Public Prosecutor's Office to propose actions in the field; (iii) the existing legal framework for the protection of this right; (iv) different public policies developed in this area; and (v) limits and possibilities of the Public Prosecutor's Office to demand through the courts the correction and alignment of these policies. The Public Prosecutor's Office has been carrying out important work in guaranteeing the right to food for children and young people, but the consequences of these policies are only possible through networking, which involves the three branches of government, civil society and institutions focused on education, health, the environment and social assistance, in order to strengthen the Democratic Rule of Law.

Keywords: Right to food. Childhood and youth. Public Prosecutor's Office. Public Policies.

1.INTRODUÇÃO

Num contexto de transformações políticas e sociais, com a evolução do Estado Liberal para o Estado Social, gerou-se um novo campo de diálogo entre as esferas administrativa e judicial. Nesse sentido, embora o Poder Executivo tenha prioridade na implementação de políticas públicas, passa a ser dever dos juízes controlar essa realização e, caso necessário, complementá-la e realinhá-la. Desse modo, a separação de poderes não pode ser pensada sem ter em vista o novo papel destinado pela Constituição Federal de 1988 ao Judiciário: a implementação efetiva dos interesses difusos e coletivos, cuja promoção foi constitucionalmente outorgada ao Ministério Público.

Dentre os direitos fundamentais tutelados pela Constituição Federal, a alimentação tem lugar de destaque. O presente trabalho tem como objetivo compreender as formas pelas quais atua o Ministério Público no campo do direito à alimentação de crianças e jovens com o fim de proteger e garantir este direito, buscando analisar o seu

impacto na formulação, manutenção, execução e/ou realinhamento destas políticas, bem como sua articulação com o Poder Executivo e Legislativo e a sociedade.

Para tanto, buscou-se realizar (i) o levantamento da bibliografia brasileira sobre a história internacional e nacional das elaborações referentes ao direito à alimentação, fundamentalmente das crianças e jovens; sobre as políticas públicas neste campo; sobre o papel da sociedade civil na conquista deste direito; sobre a atuação do Ministério Público no campo; (ii) o levantamento de casos de atuação do Ministério Público no campo do direito à alimentação de crianças e jovens; (iii) escuta e análise do podcast *Tão perto e tão longe*, produzido pela Rádio Novelo em outubro de 2023, sobre um episódio envolvendo a merenda escolar de crianças e adolescentes indígenas e a agricultura familiar na região do Alto Solimões, na Amazônia; e (iv) análise dos casos levantados, com o fim de compreender as formas pelas quais atua o Ministério Público.

Para a elaboração do presente artigo, inicialmente debruçou-se sobre o histórico da legislação referente ao direito à alimentação a nível internacional e nacional, em especial a partir do período da redemocratização do Brasil, tendo como marco a Constituição Federal de 1988. Revisou-se também a bibliografia brasileira sobre o tema, bem como sobre a atuação do Ministério Público no campo e sua articulação com o Poder Executivo, Poder Legislativo, a sociedade civil e as instituições para, então, buscar casos de atuação do Ministério Público na proteção e garantia deste direito. A pesquisa dos casos teve início a partir de referências citadas em artigos acadêmicos, bem como em páginas do Ministério Público na *internet*.

Neste processo, foi importante o apoio da 23ª Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente Cível de Belo Horizonte, que encaminhou solicitação ao Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente - CAODCA. Assim, em atenção à consulta apresentada, foram enviadas três petições iniciais apresentadas pelo Ministério Público de Minas Gerais que envolvem a temática do direito à alimentação de crianças e adolescentes, as quais deram ensejo a Ações Civis Públicas relevantes.

Uma outra fonte importante de informação e reflexão para esta pesquisa foi o primeiro ato do podcast *Tão perto e tão longe*, produzido pela Rádio Novelo em outubro de 2023, sobre um episódio envolvendo a merenda escolar de crianças e adolescentes

indígenas e a agricultura familiar na região do Alto Solimões, na Amazônia, cujo caso também foi objeto de análise.

2.O DIREITO À ALIMENTAÇÃO DE CRIANÇAS E JOVENS NO BRASIL

O relatório *Enfrentamento à fome - roteiro institucional: conceitos e práticas*, elaborado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em 2023, aponta que no Brasil, entre 2021 e 2022, 125,2 milhões de pessoas se encontravam em insegurança alimentar, e mais de 33 milhões em situação de fome¹. Por isto, em 2022, o Brasil voltou ao mapa da fome (Relatório ONU), expressando assim a urgência da elaboração de medidas que contribuam para a efetivação do direito ao acesso à alimentação adequada.

O acesso à alimentação é um indicador fundamental para avaliar o desenvolvimento econômico e social de uma sociedade, possibilitando ainda a análise do modo pelo qual se dá o seu sistema de justiça. Desse modo, nas palavras de Ferrara et al. (*apud* Amaral, 2020),

uma das formas de expressão mais ilustrativa do atraso e da miséria de um povo é representada pela fome e pela desnutrição. [...] Este sinal, por si só, já é suficiente para expor que a organização social tem injustas apropriações e, provavelmente, uma desumana concepção de administração dos recursos disponíveis. (p. 273)

A fome é reflexo da situação de pobreza, assim, “somente políticas públicas que desencadeiem uma redistribuição da renda e da riqueza e façam valer o direito à terra e de acesso à água; o direito ao trabalho com dignidade e a salários justos; o direito à educação e aos serviços de saúde, além do próprio direito à alimentação, entre outros, farão cessar o processo de exclusão a que está submetida parte significativa da população brasileira” (MPSP, 2023).

¹ <https://olheparaafome.com.br/>

Nesse contexto, de acordo com o 2º Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Brasil (VIGISAN), citado no mesmo Relatório do MPSP (2023), a insegurança alimentar grave aflige mais as mulheres, as pessoas negras, as famílias que convivem com o desemprego e que tiveram menos acesso à educação formal. Ainda, 20,6% das famílias chefiadas por pessoas autodeclaradas pardas e pretas sofrem com a fome, o que significa que um em cada cinco grupos familiares vive cotidianamente sem acesso à alimentação de qualidade, com incertezas sobre a garantia das refeições diárias e até mesmo sem alimentos à mesa. As mulheres negras vivem ainda em situação mais vulnerável, pois 22% dos lares chefiados por elas convivem com a fome, enquanto nos lares chefiados por mulheres brancas, o índice é de 13,5%. Por fim, nos lares em que há crianças com menos de 10 anos de idade, no Estado de São Paulo, as inseguranças alimentares moderada e grave totalizam 32% dos domicílios. “Os dados apresentados indicam claramente que o problema da fome no Brasil está intimamente relacionado à discriminação e à desigualdade social, o que é fundamental para nortear a estruturação das políticas públicas de combate à fome” (MPSP, 2023).

Tratando desta temática no campo da infância e juventude, Claudio do Prado Amaral, em *Curso de Direito da Infância e da Adolescência* (2020), afirma haver uma “relação forte e direta entre alimentação e desenvolvimento integral infanto-adolescente” (p. 273), justificando assim a razão pela qual esse direito ganha especial destaque, sendo essencial que seja efetivado já durante a vida intrauterina. Assim, ao refletir-se acerca da garantia a este direito universal por crianças e adolescentes, diante da sua situação peculiar de pessoas em desenvolvimento, tornou-se necessária a criação de diplomas e instrumentos que buscassem dar uma ampla proteção a esse direito, os quais estão presentes em nível internacional e nacional.

Os direitos das crianças surgiram no contexto internacional já através da Declaração de Genebra, em 1924, que em seu artigo 2º preceitua: “a criança que tem fome deve ser alimentada [...]”.

Ainda na ordem internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu artigo 25, dispõe:

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive *alimentação*, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.
2. A maternidade e a infância *têm direito a cuidados e assistência especiais*. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social (grifo nosso).

No âmbito do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, tem-se como meio de proteção aos Direitos da Criança a sua inclusão na Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto San José da Costa Rica, de 1969, que em seu artigo 19 preceitua que “toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.”

No Brasil, embora o direito à alimentação tenha sido incluído no artigo 6º da Constituição Federal somente em 2010, por meio da emenda constitucional nº 64, passando a ser considerado um direito social, muitos foram os princípios adotados que já o protegiam, como o da dignidade humana, consagrado no artigo 1º, III, e o da adoção pela prevalência dos direitos humanos, previsto no artigo 4º, II. No mais, a Constituição, em seu artigo 227, já previa:

Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com *absoluta prioridade*, o direito à vida, à saúde, à *alimentação*, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (grifo nosso).

Em harmonia, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), promulgado em 1990, dispõe em seu artigo 4º:

Art. 4º - É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, *com absoluta prioridade*, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à *alimentação*, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (grifo nosso).

No mais, princípios que dão fundamento à elaboração e implementação de políticas públicas e proteção do acesso à alimentação por crianças e adolescentes estão garantidos no ECA. Nesse sentido, o Princípio da Proteção Integral, referido de modo contundente e esparso em seus dispositivos, abrange demais princípios, como o da Prioridade Absoluta e Interesse Superior da Criança e do Adolescente, por intermédio dos quais o Estado realiza com maior legitimidade ações que visem dar prioridade na efetivação deste direito.

Em 6 de julho de 1992, o Brasil passou a ser signatário do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral da ONU em 19 de dezembro de 1966, que prevê, em seu artigo 11, “o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação [...]” e ainda reconhece o “direito fundamental de toda pessoa estar protegida contra a fome [...]”. O pacto prevê que os Estados signatários devem adotar medidas e programas que se façam necessários para

melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais; [...] assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios.

Em consonância, em 1999 a ONU elaborou o Comentário Geral nº 12, que reconhece que “fundamentalmente, as raízes do problema da fome e da desnutrição não residem na falta de alimento, mas na falta de acesso ao alimento disponível, entre outras razões, por causa da pobreza de grandes segmentos da população mundial”.

Em 2002, o Relator Especial da ONU para o direito à alimentação definiu o Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA) da seguinte forma:

O direito à alimentação adequada é um direito humano inerente a todas as pessoas de ter acesso regular, permanente e irrestrito, quer diretamente ou por meio de aquisições financeiras, a alimentos seguros

e saudáveis, em quantidade e qualidade adequadas e suficientes, correspondentes às tradições culturais de seu povo e que garantam uma vida livre do medo, digna e plena nas dimensões física e mental, individual e coletiva.

Dentro de um processo contínuo de maior reconhecimento da alimentação e nutrição adequada como um direito no Brasil, foi promulgada a Lei nº 11.346/2006, que corresponde à Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (LOSAN). Essa instituiu o Sistema de Segurança Alimentar Nacional e Nutricional (SISAN), por meio do qual o poder público, com a participação da sociedade civil organizada, “formulará e implementará políticas, planos, programas e ações com vistas a assegurar o direito humano à alimentação adequada”, conforme prevê em seu artigo 1º, devendo levar em conta as dimensões ambientais, culturais, econômicas, regionais e sociais.

Ainda, o §2º de seu artigo 2º preceitua:

§ 2º É dever do poder público respeitar, proteger, promover, prover, informar, monitorar, fiscalizar e avaliar a realização do direito humano à alimentação adequada, bem como garantir os mecanismos para sua exigibilidade.

O SISAN estrutura-se a partir de três principais instâncias: a Câmara Interministerial de Segurança Alimentar e Nutricional (CAISAN), que tem por finalidade ser um espaço de promoção e articulação dos órgãos e entidades da administração pública vinculados à área de Segurança Alimentar e Nutricional (SAN); o Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA), órgão de assessoramento imediato do chefe do executivo; e as Conferências, que figuram como instância responsável pela indicação ao CONSEA das diretrizes e prioridades da Política e do Plano de SAN, bem como pela avaliação do SISAN.

Configurada a estrutura do Sistema de Segurança Alimentar no âmbito federal, cabe a obrigatoriedade da promoção do Direito Humano à Alimentação Adequada pelos estados e municípios, a fim de possibilitar à população local o acesso à alimentação adequada e, na falta dela, a mecanismos de exigibilidade deste direito. Assim, os municípios devem buscar a adesão ao SISAN e a elaboração do Plano Municipal de SAN.

Caso optem pela não adesão, obrigatoriamente deverão comprovar que adotaram outras formas e mecanismos no âmbito da municipalidade que cumpram as mesmas funções que o SISAN propõe – mecanismos de participação social como os conselhos de segurança alimentar e nutricional ou estrutura semelhante, envolvimento de cooperativas de agricultores familiares, universidades, entidades socioassistenciais, entre outros.

Com o fim de regulamentar a LOSAN é que se promulgou o decreto nº 7.2727, de 25 de agosto de 2010, na qual se instituiu a Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (PNSAN), que propõe um sistema de monitoramento e avaliação do acesso à alimentação adequada pela população que seja participativo e, por conseguinte, leve em consideração as desigualdades sociais, de gênero e étnico-raciais. Na falta da realização do DHAA, determinou-se pela criação de mecanismos de exigibilidade e pelo monitoramento de sua aplicação.

No mais, estabeleceu-se sete pontos de avaliação e monitoramento da segurança alimentar e nutricional: (i) produção de alimentos; (ii) disponibilidade de alimentos; (iii) renda e condições de vida; (iv) acesso à alimentação adequada e saudável, incluindo água; (v) saúde, nutrição e acesso a serviços relacionados; (vi) educação; e (vii) programas e ações relacionados à segurança alimentar e nutricional. Assim, verifica-se que a PNSAN estrutura-se em um sistema marcado pela intersetorialidade e que visa fortalecer-se mediante o amplo diálogo entre a sociedade civil e a esfera administrativa.

No ano de 2016 foi sancionada a Lei nº 13.257/2016, correspondente ao Marco Legal da Primeira Infância, que, dentre outras considerações, dispõe sobre a formulação de políticas públicas no campo. Em seu artigo 5º, estabelece:

Constituem áreas prioritárias para as políticas públicas para a primeira infância a saúde, a alimentação e a nutrição, a educação infantil, a convivência familiar e comunitária, a assistência social à família da criança, a cultura, o brincar e o lazer, o espaço e o meio ambiente, bem como a proteção contra toda forma de violência e de pressão consumista, a prevenção de acidentes e a adoção de medidas que evitem a exposição precoce à comunicação mercadológica (grifo nosso).

3. POLÍTICAS PÚBLICAS NO CAMPO DA ALIMENTAÇÃO

Como consequência dos instrumentos e diplomas legais elaborados visando dar garantia de acesso ao direito à alimentação adequada, junto à atuação de movimentos e organizações sociais que a partir de meados da década de 1980 ganharam maior força com a progressiva redemocratização do país, muitas foram as políticas públicas desenvolvidas no campo, podendo ser destacadas aquelas voltadas à infância e juventude.

O Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), que se originou no início da década de 40, é o maior e mais antigo programa de alimentação no país, com alcance universal entre crianças e jovens matriculados em escolas públicas. A partir dos anos 2000, o programa desenvolveu-se significativamente: buscou melhorar sua gestão e assegurar a oferta de alimentos de qualidade aos estudantes de todas as etapas da Educação básica pública. Sendo assim, editou-se a Lei nº 11.947/2009, que tem como diretrizes: (i) o emprego da alimentação saudável e adequada, compreendendo o uso de alimentos variados, seguros, que respeitem a cultura, as tradições e os hábitos alimentares saudáveis; (ii) a inclusão da educação alimentar e nutricional no processo de ensino e aprendizagem, que perpassa pelo currículo escolar; (iii) a participação da comunidade no controle social, no acompanhamento das ações realizadas pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios para garantir a oferta da alimentação escolar saudável e adequada; e (iv) o apoio ao desenvolvimento sustentável, com incentivos para a aquisição de gêneros alimentícios diversificados, produzidos em âmbito local e preferencialmente pela agricultura familiar e pelos empreendedores familiares rurais, priorizando as comunidades tradicionais indígenas e de remanescentes de quilombos.

Buscando garantir meios de efetivar o disposto no artigo supracitado, definiu-se no artigo 14 que os municípios e estados, ao gastarem os recursos destinados à Alimentação Escolar recebidos do Fundo Nacional para o Desenvolvimento da Educação (FNDE), devem destinar no mínimo 30% deles para compra de alimentos produzidos por agricultores familiares, de preferência com áreas produtivas no município do fornecimento das refeições.

No mais, o PNAE conta com uma instância deliberativa específica, o Conselho de Alimentação Escolar (CAE) que, no âmbito dos municípios, estados e federação devem

contar com representantes do Poder Executivo, trabalhadores da educação e discentes, entidades civis e pais de alunos, que devem acompanhar e aprovar as prestações de contas, além de fiscalizar os trabalhos desenvolvidos.

No âmbito do Ministério da Saúde, instituiu-se, já desde 1999, a Política Nacional de Alimentação e Nutrição (PNAN), com a finalidade de dar concretude às ações de alimentação e nutrição no Sistema Único de Saúde (SUS), tendo como diretrizes: (i) organização da atenção nutricional; (ii) promoção da alimentação adequada e saudável; (iii) vigilância alimentar e nutricional; (iv) gestão das ações de alimentação e nutrição; (v) participação e controle social; (vi) qualificação da força de trabalho; (vii) controle e regulação dos alimentos; (viii) pesquisa, inovação e conhecimento em alimentação e nutrição; e (ix) cooperação e articulação para a segurança alimentar e nutricional.

Criado em 2004, o Bolsa Família é o maior programa de transferência de renda às famílias em situação de pobreza no Brasil. O programa, que está em constante transformação, busca integrar políticas públicas, fortalecendo o acesso das famílias a direitos básicos como saúde, educação e assistência social e, conforme disposto na Lei nº 14.601/2023, tem por finalidade: (i) combater a fome, por meio da transferência direta de renda às famílias beneficiárias; (ii) contribuir para a interrupção do ciclo de reprodução da pobreza entre as gerações; e (iii) promover o desenvolvimento e a proteção social das famílias, especialmente das crianças, dos adolescentes e dos jovens em situação de pobreza.

Ainda, muitas são as políticas públicas que se voltam a aspectos específicos referentes à alimentação e nutrição adequadas a um bom desenvolvimento físico e mental de crianças e jovens. Em 2005, por exemplo, instituiu-se, mediante a Portaria nº 730/2005, o Programa Nacional de Suplementação de Ferro, destinado a prevenir a anemia ferropriva. Mais recentemente, no ano de 2021, definiu-se, através da Portaria GM/MS nº 1.862/2021, a Estratégia Nacional para a Prevenção e Atenção à Obesidade Infantil (Proteja), que tem como objetivo geral deter o avanço da obesidade infantil e contribuir para a melhoria da saúde e da nutrição das crianças. No mais, tramita na Câmara dos Deputados, desde 2019, o Projeto de Lei 4768/2019, que busca instituir a Política Nacional de Promoção, Proteção e Apoio ao Aleitamento Materno. A partir de 2023, discute-se no âmbito da CAISAN o plano “Brasil sem fome”, que em atenção ao fato do Brasil ter voltado ao Mapa da Fome em 2022, propõe 80 ações e programas, com mais de

100 metas voltadas ao (i) acesso à renda; (ii) redução da pobreza; e (iii) promoção da cidadania². O plano envolve o trabalho conjunto de 24 ministérios, evidenciando a necessária intersectorialidade das políticas públicas voltadas à alimentação.

4.A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA GARANTIA DE ACESSO AO DIREITO À ALIMENTAÇÃO POR CRIANÇAS E JOVENS

Embora haja um amplo sistema normativo e administrativo voltado à efetivação do direito ao acesso à alimentação por crianças e jovens, a insegurança alimentar ainda é uma realidade, o que reflete, muitas vezes, a ineficácia destas medidas, ainda que representem um importante avanço no campo da conquista e garantia deste direito. Nessas situações, os direitos subjetivos públicos à alimentação devem ser veiculados preferencialmente por meio de ações judiciais coletivas, com vistas a resguardar a universalidade e a proteção igualitária a todas as pessoas necessitadas (Leivas *apud* Amaral, 2020). Leivas (2009), ao tratar sobre o tema da exigibilidade do direito à alimentação adequada no Seminário internacional “A exigibilidade do Direito Humano à Alimentação Adequada e o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional”, realizado em outubro de 2009, explica:

Em primeiro lugar, o reconhecimento do DHAA implica na obrigação do Poder Executivo em estabelecer políticas públicas que garantam este direito. Em segundo lugar, uma obrigação do Poder Legislativo de criação de leis que garantam o DHAA. Em terceiro lugar, o princípio da proibição do retrocesso social. Esse princípio [...] prevê que quando garantido um certo patamar de realização de direitos sociais, na qual se inclui o DHAA, não poderá haver retrocesso, nem por ação ou omissão, do Poder Executivo nem do Poder Legislativo. E o Poder Judiciário seria o guardião desta proibição de retrocesso. (LEIVAS, 2009, p. 53).

Sendo assim, a exigibilidade judicial do direito à alimentação é um dos modos pelos quais pode se aferir a sua concretização. Eduardo Santos de Carvalho (2004), em seu artigo *Ação Civil Pública: instrumento para a implementação de prestações estatais positivas*, citando Mirra (p. 75-76), afirma que, embora

² <https://www.gov.br/mds/pt-br/acoes-e-programas/brasil-sem-fome>

o Judiciário não possa criar políticas públicas, pode impor a execução daquelas estabelecidas na lei ou na Constituição. Reafirma-se, assim, o postulado da efetividade da tutela coletiva: se a Constituição e a lei impõem obrigações ao administrador, decorre de imperativo constitucional que se reconheça à sociedade (e, por extensão, ao Ministério Público, instituição destinada para a defesa dos interesses sociais) o recurso aos meios jurisdicionais para assegurar o cumprimento desses deveres.

Ao tratar do papel do Ministério Público, a Ação Brasileira pela Nutrição e Direitos Humanos (ABRANDH) afirma que os (as) procuradores(as) e promotores(as) são essenciais na função de indução de políticas públicas, para além da função mais tradicional de responsabilização de gestores por eventuais omissões e malversação de verba pública que deveria estar voltada à pauta (MPSP, 2023).

Na mesma direção, o Grupo Nacional dos Direitos Humanos aprovou, em outubro de 2022, os seguintes enunciados, que direcionam a maneira pela qual deve se dar a atuação do Ministério Público no campo do direito à alimentação:

1. Enunciado n.º 01/2022: O Ministério Público Brasileiro deve intervir, de forma integrada e interdisciplinar, para a efetivação do Direito Humano à Alimentação Adequada, direito social e estruturante do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), indispensável à realização dos outros direitos consagrados na Constituição Federal e cuja consecução, nos termos da Lei Federal n.º 11.346/2006, deve ocorrer por meio do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN).
2. Enunciado n.º 02/2022: O Ministério Público Brasileiro deve fomentar e fiscalizar a adesão dos Estados e Municípios ao SISAN, aos quais cabe instituir os Conselhos de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA) e as Câmaras ou Instâncias Governamentais de Gestão Intersetorial de Segurança Alimentar e Nutricional (CAISAN), devendo estes se comprometer a elaborar o respectivo Plano Estadual ou Municipal de Segurança Alimentar e Nutricional, a ser formulado em até um ano após a assinatura da adesão, com a participação da sociedade civil organizada.

A partir destes enunciados, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) publicou a Recomendação n.º 97/2023, que dispõe sobre a atuação da instituição na efetivação do direito humano à alimentação adequada. De acordo com o texto aprovado, o CNMP recomenda que o Ministério Público atue de forma articulada com os poderes

públicos e a sociedade civil organizada para que os estados, o Distrito Federal e os municípios adiram ao SISAN. Além disso, cabe ao Ministério Público avaliar se a legislação de criação dos conselhos de segurança alimentar e nutricional está em harmonia com as diretrizes do Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional e com a política nacional correlata, bem como acompanhar a implantação dos programas sociais correspondentes e a inserção, em lei orçamentária, da previsão de recursos para o regular funcionamento desses conselhos e para a execução dos planos de segurança alimentar e nutricional, no âmbito estadual, distrital ou municipal.

Diante do exposto, resta evidente a importância da atuação no âmbito judicial e extrajudicial do Ministério Público na garantia e acesso à alimentação por crianças e jovens - direito reconhecidamente de natureza difusa e coletiva. Essa garantia demanda do Estado ações positivas e, portanto, o desenvolvimento e implementação de políticas públicas nas esferas dos três entes federativos, que atuem em cooperação. Cabe precipuamente à União a coordenação e a emissão de normas gerais e ao Estado Membro e ao Município a coordenação e execução de programas. Marcelo Pedroso Goulart, em sua obra *Elementos para uma teoria Geral do Ministério Público*, explicita: “a não formulação ou inexecução da política de atendimento, pelo não oferecimento ou oferta irregular das ações, programas e serviços, caracteriza omissão passível de responsabilidade” (p. 243, 2019).

Neste contexto, fica evidente a grande importância das ações do Ministério Público no campo das políticas públicas, ao voltar-se fundamentalmente ao acompanhamento e fiscalização destas mediante a instauração de procedimento administrativo, conforme prevê a Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público nº 174/2017, em seu artigo 8º. Na hipótese de haver fatos que apontem para a má consecução da política, o membro do Ministério Público deverá instaurar um procedimento de investigação pertinente - tal como o Inquérito Civil - ou encaminhar a notícia do fato e os elementos de informação a quem tiver atribuição. Verificados indícios que apontem para a realização da política de modo insatisfatório, o Ministério Público poderá se utilizar de mecanismos que contribuam para a correção e o realinhamento dessas políticas, de modo a proteger e efetivar os interesses difusos e coletivos. Dentre estes mecanismos, destacam-se a Ação Civil Pública (ACP) e o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).

É através destes mecanismos que se garante o que dispõe a Constituição Federal de 1988, quando assegura ao Poder Judiciário os meios para afastar as ameaças e reparar as lesões a quaisquer direitos. Afinal, seria verdadeiramente inconstitucional prever que o Judiciário possa "apreciar" lesões ou ameaças a direitos se a autoridade jurisdicional nada pudesse fazer a respeito. Sendo assim, o Judiciário deve ter meios para obter resultados práticos na implementação da ordem jurídica justa, sob risco de esvaziar a garantia constitucional, o que reduziria o Poder Judiciário a um papel insignificante, e inviabilizaria a promoção da defesa da ordem jurídica, para a qual o Ministério Público é constitucionalmente vocacionado (art. 127, caput da Constituição).

A seguir, apresenta-se quatro casos extraídos de petições iniciais que deram ensejo a ações civis públicas propostas pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais³ e do Pará, bem como um caso relatado no podcast *Tão perto e tão longe*, produzido pela Rádio Novelo em outubro de 2023, sobre um episódio envolvendo a merenda escolar de crianças e adolescentes indígenas e a agricultura familiar na região do Alto Solimões, na Amazônia, o qual evidencia a atuação do Ministério Público Federal na esfera extrajudicial.

5. ESTUDOS DE CASOS: A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA ESFERA JUDICIAL PARA GARANTIA DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO DE CRIANÇAS E JOVENS

5.1. Caso I

Em 26 de agosto de 2012, a 23ª Promotoria de Justiça Cível de Belo Horizonte instaurou Procedimento Administrativo sob o nº 0024.13.008.452-8, através do qual buscou apurar o cumprimento do convênio de cooperação mútua entre entidades sociais que executam os programas de acolhimento institucional e familiar e a Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, no que diz respeito ao repasse de gêneros alimentícios,

³ Estes casos foram acessados através de consulta ao Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente - CAODCA do estado de Minas Gerais. Tendo em vista serem os respectivos processos sigilosos, não foi possível ter acesso à informação referente ao número dos autos.

especialmente fórmulas infantis, através da Secretaria Municipal Adjunta de Segurança Alimentar e Nutricional – SMASAN. Conforme se extrai do instrumento jurídico que deu ensejo a este Convênio, ficou estabelecido que o Município forneceria, por intermédio da SMASAN, gêneros alimentícios não perecíveis mensalmente e perecíveis semanalmente, necessários para a cobertura de 100% das necessidades nutricionais das crianças e adolescentes atendidos pelas entidades sociais conveniadas.

O Município de Belo Horizonte acordou em fornecer leite especial para os bebês na faixa etária de 0 a 1 ano. Todavia, conforme apurado por intermédio do procedimento administrativo, a SMASAN deu início ao fornecimento de fórmulas infantis aos bebês acolhidos, mas encerrou o contrato em 2015. Em 2016, quando da implantação da Casa dos Bebês destinada aos filhos acolhidos de mães dependentes de álcool e outras drogas, o Município se comprometeu a restabelecer o fornecimento das fórmulas infantis, mediante recursos do Fundo Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, tal como já previsto em pauta plenária do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA). No entanto, a mesa diretora solicitou consulta à Procuradoria Geral do Município e o tema foi retirado de pauta. Ato contínuo, a 23ª Promotoria de Justiça Cível de Belo Horizonte expediu ofício para o CMDCA, que esclareceu ainda aguardar manifestação da Procuradoria Geral do Município.

Em razão da importância de uma alimentação balanceada para as crianças na faixa etária de 0 a 1 ano que se encontram em acolhimento institucional ou familiar, o Ministério Público de Minas Gerais ajuizou Ação Civil Pública em face do Município de Belo Horizonte, por meio da qual requereu a condenação do Município em obrigação de restabelecer o fornecimento, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 para cada dia de descumprimento, a ser revertida para o Fundo Municipal da Criança e do Adolescente.

5.2. Caso II

Trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público de Minas Gerais em face do Estado e de uma empresa, vencedora de licitação pública, contratada pelo Estado para o fornecimento de alimentação destinada aos servidores e adolescentes

custodiados em unidades socioeducativas

Conforme narrado na manifestação, foi identificado que

as unidades socioeducativas que recebem a alimentação fornecida pela segunda requerida, a empresa, vem sujeitando os adolescentes/internos e servidores públicos lotados nas unidades a condições degradantes, sobretudo no que diz respeito à má qualidade dos alimentos fornecidos, valendo ressaltar as inúmeras notificações decorrentes da falta de higiene, alimentos mal preparados, alimentos mal cheirosos, carnes mal cozidas, leite azedo, larvas e cabelo encontrados nas verduras, em evidente descumprimento às cláusulas contratuais básicas.

A situação foi identificada pelo Ministério Público em 06/08/2021, razão pela qual foi instaurado procedimento administrativo com fim de acompanhar e verificar a qualidade da prestação de serviços de fornecimento de refeições pela empresa às unidades socioeducativas, ante reclamações colhidas durante visita de inspeção. Embora houvesse expectativa por parte do Ministério Público de que a empresa realizasse os ajustes necessários para o regular cumprimento do contrato, considerando ainda a atuação da Diretoria de Nutrição e dos Diretores das unidades socioeducativas no sentido de promover fiscalizações, reuniões e firmar termos de compromisso, a situação fática referente às irregularidades na prestação dos serviços pela empresa permaneceu.

Diante da implicação de graves violações aos direitos humanos dos adolescentes privados de liberdade ante a negligência da empresa requerida, bem como a omissão do estado de Minas Gerais, o Ministério Público realizou a propositura de Ação Civil Pública.

Diante desta situação fática, o Ministério Público requereu (i) a concessão de liminar de tutela provisória de urgência, determinando a suspensão parcial da vigência do contrato de fornecimento de alimentação firmada entre o Estado de Minas Gerais e a empresa, para que esta cessasse de imediato o fornecimento de alimentação aos adolescentes e servidores das unidades socioeducativas supracitadas; e (ii) a determinação ao estado de Minas Gerais, em caráter emergencial, para que providenciasse, por seus órgãos administrativos, o fornecimento imediato de alimentação adequada aos adolescentes e servidores das referidas unidades socioeducativas, diretamente ou através

de outras empresas, de modo a não haver, em qualquer hipótese, interrupção ou descontinuidade de qualquer refeição do dia, pelo tempo que se fizesse necessário, sob pena de, não o fazendo ou dificultando dolosa ou culposamente o cumprimento da determinação, sujeitar-se o seu representante às penas do art. 1º, inciso XIV do Decreto-Lei no 201/67, sem prejuízo da multa diária a que se refere o art. 213, §2º da Lei 8069/90, a ser fixada à base de R\$ 50.000,00 por dia de descumprimento total ou parcial.

5.3. Caso III

Em razão da denúncia de irregularidades referentes ao fluxo adotado pelo poder público quando da apreensão de adolescentes em flagrante por ato infracional no estado de Minas Gerais, a 8ª Promotoria de Justiça de Ribeirão das Neves/MG instaurou procedimento administrativo de nº 0231.20.000465-4, com o fim de promover o saneamento das irregularidades, no âmbito extrajudicial.

No curso do procedimento, identificou-se que o estado não estaria fornecendo alimentação adequada, nas delegacias ou ambientes congêneres, aos adolescentes apreendidos em flagrante. Os adolescentes encontravam-se privados destes direitos e garantias fundamentais por um longo período, que compreendia o lapso temporal entre a apreensão pela Polícia Militar e o encaminhamento ao Centro Socioeducativo - ou eventual liberação.

Conforme narrado em reunião realizada entre a Promotoria e agentes da Segurança Pública em 03/09/2020, relatou-se que

policiais militares e delegados de polícia já tiveram que despender recursos próprios para a alimentação dos adolescentes autores de flagrantes de atos infracionais, enquanto estes estiveram sob sua responsabilidade, tendo em vista que não é fornecida alimentação pelo Poder Público nesta situação.

Ademais, conforme oitiva informal de dois adolescentes, realizada pela Promotoria em 15/06/2022, constatou-se que a situação se mantinha inalterada.

Consoante ainda relato da Promotoria, com a criação da Central de Vagas pela Subsecretaria de Atendimento Socioeducativo (SUASE), a situação se agravou, tendo em vista ainda haver notícias do aumento do tempo de espera nas Delegacias de Polícia. Assim, afirma-se:

[...] neste ínterim (da apreensão até decisão de liberação ou a efetiva disponibilização da vaga de internação no Centro Socioeducativo - o que pode superar 7 dias), [...] o fornecimento da alimentação se dá de forma insuficiente/precária, e ainda assim, é subsidiada por servidores do próprio Estado ou da família, tendo em vista a ausência de custeio pelo Estado.

Diante do exposto, o Ministério Público de Minas Gerais ajuizou Ação Civil Pública em face do Estado, por meio da qual requereu a imediata obrigação de fornecer alimentação adequada e suficiente a todos os adolescentes apreendidos em flagrante na comarca de Ribeirão das Neves, e que estivessem sob custódia do Estado nas Delegacias de Polícia ou estabelecimentos congêneres, com multa diária a ser fixada em juízo em caso de descumprimento.

Muito interessante é notar que, na petição inicial, há uma sessão que se destina a tratar “da possibilidade jurídica de determinação judicial para o Poder Executivo concretizar políticas públicas constitucionalmente definidas”. Quanto a isto, esclarece-se:

Não há que se falar em intromissão do Poder Judiciário no poder discricionário do Administrador, porquanto a pretensão pretendida é consubstanciada em programa de promoção e proteção dos direitos de crianças e adolescentes, que, como é cediço, está protegido pela garantia constitucional de absoluta prioridade.

5.4. Caso IV

A Promotoria de Justiça de Santarém Novo (PA), com o objetivo de acompanhar as políticas públicas municipais e os gastos realizados com as verbas recebidas em caráter excepcional durante a pandemia do Coronavírus, instaurou o Procedimento Administrativo nº 01/2020. No âmbito deste procedimento, foi expedida, em 06/04/2020, Recomendação Administrativa nº 02/2020 dirigida ao Prefeito, na ocasião Laércio Costa

de Melo, e ao Secretário Municipal de Educação, José Nadilson Marques, buscando garantir a continuidade do fornecimento da alimentação escolar aos alunos da rede municipal de ensino.

No bojo da Recomendação foram previstas, dentre outras, as seguintes ações: (i) que fosse distribuída alimentação a todos os alunos que buscassem seu direito, durante o período de suspensão das aulas; (ii) a entrega da cesta ou de outra estratégia de distribuição da alimentação escolar, a ser realizada com periodicidade semanal, quinzenal ou mensal, para as famílias dos estudantes, mediante a adoção de medidas rigorosas visando evitar aglomerações; (iii) optando o gestor pela distribuição de cesta, no mínimo 30% dos alimentos que a compunham deveriam ser oriundos da agricultura familiar; e (iv) emissão de orientação aos pais ou responsáveis dos alunos, no ato de recebimento dos alimentos, de que era vedada a venda ou a destinação diferenciada dos gêneros alimentícios ofertados.

Em resposta à Recomendação, o Prefeito Municipal informou em 28/04/2020 que a distribuição das cestas escolares realizar-se-ia a partir do dia 05/05/2020, com periodicidade mensal, e que os procedimentos licitatórios haviam seguido as diretrizes do Programa Nacional de Alimentação Escolar.

Em 12/05/2020, o Ministério Público, junto ao Conselho Tutelar de Santarém Novo, realizou diligências em seis escolas municipais localizadas nas zonas urbanas e rural, tendo sido constatado que em nenhuma havia sido realizada qualquer distribuição da merenda escolar. Ato contínuo, em 14/05/2020, o Prefeito Municipal prestou novas informações, indicando que no dia seguinte haveria o início da distribuição das cestas escolares, isto é, sessenta dias após a suspensão das aulas, conforme Decreto Municipal nº 75/2020.

No dia indicado para as distribuição das cestas, novamente o Ministério Público, junto ao Conselho Tutelar de Santarém Novo, realizou diligências nas escolas municipais com o fim de fiscalizar a entrega da alimentação, tendo identificado que: (i) foi disponibilizada apenas uma cesta escolar por responsável, independentemente do número de alunos matriculados; e (ii) o kit de alimentação escolar, com distribuição mensal, foi composto dos seguintes itens: 1 kg de arroz, 1 kg de feijão, 500g de macarrão, 200g de leite em pó, 230g de margarina e 1 kg de carne moída.

Tendo em vista a crise sanitária decorrente da pandemia do coronavírus, que levou muitos a perderem seus meios de subsistência, bem como o fato de que a unidade escolar deve cumprir o papel fundamental de oferta de refeições e o acesso à alimentação adequada e saudável, o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Pará (TCMPA) expediu a Instrução Normativa nº 06/2020, por meio da qual objetivou-se orientar os Municípios Jurisdicionados e a área técnica do TCM/PA no que diz respeito à implementação de ações na área da educação, no período da pandemia.

Diante do exposto, o Ministério Público do Estado do Pará ajuizou Ação Civil Pública em face do Município de Santarém Novo, do Prefeito e do Secretário de Educação, por meio da qual requereu, fundamentalmente: (i) a continuidade do fornecimento de alimentação escolar a todos os alunos (crianças e adolescentes) da rede municipal que dela necessitassem durante o período de suspensão das aulas, em especial àqueles pertencentes às famílias vulneráveis socialmente; (ii) havendo suspensão do transporte coletivo e/ou na impossibilidade dos pais ou responsáveis legais retirarem os itens, deveria ser viabilizada a distribuição na residência do estudante (ou núcleos próximos à residência) ou o fornecimento de cartão-alimentação ou congênere, sem prejuízo da substituição por outras estratégias legais a serem implementadas pelo Poder Executivo; (iii) que tal distribuição fosse realizada de forma a evitar aglomerações e adotando, em qualquer caso, todas as medidas profiláticas recomendadas pelas autoridades sanitárias para preservação da saúde dos servidores envolvidos e eventuais voluntários, vedando-se a venda ou a destinação para finalidade diversa dos bens ofertados; (iv) que fosse dada ampla publicidade ao fornecimento da alimentação, de forma a garantir que aqueles que dela necessitassem tivessem conhecimento de tal benefício; e (v) que as quantidades e qualidade dos alimentos fornecidos respeitassem as necessidades dos beneficiários, levando-se em consideração o número de alunos matriculados por família e as devidas prescrições legais, em especial a Instrução Normativa nº 06/2020 do TCM/PA.

Na petição, alega-se ainda que o STF reconhece que o princípio constitucional da prioridade absoluta à criança e ao adolescente, previsto no artigo 227 da Constituição Federal, estabelece um comando que vincula o administrador. Desta forma, este pode ser compelido pela via judicial a implementar as políticas e programas de atendimento necessários à plena efetivação dos direitos daqueles segurados, não servindo de escusa a

falta de recursos orçamentários. À título de fundamentação, é citada a decisão do Min. Gilmar Mendes, por ocasião do julgamento do Pedido de Suspensão de Liminar nº 2350, de Tocantins, ocorrido em data de 08/07/2008, pontuando o entendimento de que, diante do princípio jurídico-constitucional da absoluta prioridade à criança e ao adolescente, não há que se falar em “discrecionabilidade”, cabendo ao administrador o integral cumprimento de seus deveres para com a população infanto-juvenil.

5.5. Caso V

Tão Perto e tão longe: o Ministério Público em ação extrajudicial na luta pela garantia da merenda escolar adequada por crianças e adolescentes indígenas

A adequação da alimentação ofertada às crianças e adolescentes em terras e escolas indígenas é um dos grandes desafios do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), que tem como diretriz o respeito à cultura, às tradições e aos hábitos alimentares saudáveis, bem como a prioridade que deve ser dada nesses casos às compras de alimentos produzidos por agricultoras e agricultores indígenas. Tendo em vista a relevância do tema, a Rádio Novelo, em parceria com o Brazil LAB do Instituto de Estudos Internacionais e Regionais da Universidade de Princeton, produziu um *podcast* intitulado *Tão Perto e tão longe*, cuja história narrada tem como tema central a merenda escolar de crianças e adolescentes indígenas e a agricultura familiar na região do Alto Solimões, na Amazônia.

Em 2019, um grupo de mulheres Tikuna buscou ajuda da Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI) pois, de um lado, a alimentação ofertada para as crianças e adolescentes nas escolas era inadequada, sendo composta basicamente de ultraprocessados, e por outro, produzia-se na região alimentos orgânicos e naturais que estragavam, não havendo para onde escoar a produção. A MAPANA, associação das mulheres Tikuna lideradas por Adelina Ramos, buscou dar destino aos alimentos produzidos através da merenda escolar.

Tendo em vista que a FUNAI não possui gerência sobre a merenda escolar, sendo esta uma atribuição da Prefeitura ou do governo do Estado, a associação MAPANA

entrou em contato com o Ministério Público Federal (MPF). A instituição, desde o ano de 2016 - quando constatou a relação entre a má nutrição das crianças e a alimentação fornecida pelas escolas locais na Terra Indígena Yanomami -, passou a coordenar a Comissão de Alimentos Tradicionais dos Povos no Amazonas (Catrapoa). Esta funcionava como um fórum permanente que envolvia dezenas de órgãos públicos das três esferas de governo, representantes de entidades não-governamentais e lideranças indígenas e agroextrativistas, funcionando como principal catalisador das discussões, articulações e ações em torno da temática da alimentação tradicional no estado do Amazonas, para fins de efetivação do PNAE. A iniciativa foi o berço do que viria a ser a Mesa de Diálogo Permanente Catrapovos Brasil, instituída em 2021, mediante a Portaria nº 16/2021/6CCR/MPF, que tem por objetivo replicar a iniciativa iniciada no estado do Amazonas em todo o país.

Na época, o MPF se pronunciou no sentido de poder contribuir pressionando as prefeituras para que comprassem os alimentos produzidos pelos indígenas por meio do PNAE, uma vez que o Programa estabelece que no mínimo 30% da alimentação escolar comprada com verba do governo federal deve vir de agricultura familiar.

Assim, no âmbito do Inquérito Civil nº 1.13.000.000342/2017-72, instaurado pela Procuradoria da República no Amazonas para acompanhar a regionalização dos programas de merenda escolar por meio da Catrapoa, bem como o cumprimento da obrigação legal de contratação mínima dos 30% de produtos da agricultura familiar (Lei nº 11.947/2009), em especial em comunidades indígenas e tradicionais, expediu-se a Recomendação Legal nº 01/2019 ao Governo do Estado do Amazonas, ao Secretário de Educação da SEDUC/AM e a todas as Prefeituras Municipais do estado, no sentido de que cumprissem a obrigatoriedade mínima de compra de 30% de alimentos da merenda escolar proveniente da agricultura familiar a partir de 2019 e nos anos seguintes, nos termos da Lei 11.947/2009, com a priorização de compra da produção de assentados da reforma agrária, povos tradicionais indígenas e quilombolas⁴.

Assim, através da articulação entre a Funai e o MPF, a associação das mulheres Tikuna conseguiu fornecer alimentos à escola do Belém do Solimões, embora não fosse

⁴ Para mais detalhes acerca da Recomendação, ver https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/catrapovosbrasil/documentos-e-publicacoes/recomendacao-catrapoa_prefeituras_pnae.pdf. Acesso em 27/07/2024.

o suficiente para o escoamento de toda a produção. Por isto, a Associação entrou em demais editais para atender outras escolas na região de Tabatinga.

Fazer os alimentos saírem das hortas e chegar às escolas da região do Alto Solimões foi parte da luta da Associação MAPANA junto à FUNAI e ao MPF. No entanto, importa notar que isto, embora fundamental, não é o suficiente para se passar a ter uma alimentação adequada. O alimento fresco traz um trabalho significativamente maior de ser cozido do que aquele necessário com os alimentos ultraprocessados, de modo que, havendo uma única merendeira que é responsável por lavar, cozinhar e servir as crianças, é muito difícil fazê-lo. Assim, a contratação de mais merendeiras deve ser parte da luta. Toda a discussão no entorno sobre alimentação no fim diz respeito também à classe e gênero: envolve tratar do problema de acúmulo de funções femininas e o custo dos alimentos naturais.

Conforme relatado no *podcast*, a transição da alimentação escolar em Belém dos Solimões foi uma pequena revolução na comunidade: a geração de renda a partir da agricultura familiar atenuou o cenário de criminalidade advindo do narcotráfico, garimpo ilegal e desmatamento, contribuindo para a segurança pública da região.

No entanto, a efetivação da política instituída pelo PNAE de que no mínimo 30% dos alimentos da merenda escolar devem ser provenientes da agricultura familiar ainda demanda políticas públicas e ações que contribuam para o seu maior alcance e concretização. Em 2016, conforme apontado na Recomendação Legal nº 01/2019 supramencionada, segundo dados declaratórios enviados ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), de 47 municípios do Amazonas recebendo recursos do FNDE, 15 municípios (32%) não adquiriram alimentos provenientes da agricultura familiar, 6 municípios (13%) adquiriram entre 1 e 10%, 8 municípios (17%) adquiriram entre 10 e 20% e 8 municípios (17%) entre 20 e 29,90%, sendo que somente 10 (21%) cumpriram a obrigatoriedade mínima de contratação de 30%.

Neste sentido, Fernando Merloto, procurador da República no Amazonas, responsável pelo Inquérito Civil nº 1.13.000.000342/2017-72 acima mencionado, entrevistado no *podcast*, reafirma que esta determinação não vem sendo cumprida por muitos municípios, tendo sido avaliado quatro aspectos que dificultam sua implementação: (i) dificuldade na realização do cadastro para vir a fornecer alimentos

advindos da agricultura familiar ao governo; (ii) entraves sanitários; (iii) a força da indústria alimentícia; e (iv) a falta de conhecimento pelos gestores das políticas públicas existentes. No entanto, o Procurador lembra como a sua concretização contribui para a logística de transporte - pois aproxima o campo de produção aos consumidores -, para a geração de renda, o consumo de alimentos saudáveis e a atenuação do cenário de criminalidade.

6. DISCUSSÃO DOS CASOS

A partir da análise dos casos apresentados, além de restar demonstrada a diversidade das situações que envolvem a alimentação de crianças e jovens no país, ficou evidenciada a atuação do Ministério Público no campo do direito à alimentação, que se dá em âmbito judicial e extrajudicial e que busca fundamentalmente contribuir para o fortalecimento e/ou realinhamento de políticas públicas.

Nos quatro primeiros casos narrados, o Ministério Público instaurou procedimentos administrativos com o fim de acompanhar e fiscalizar a implementação da política pública, de modo a se verificar o cumprimento da finalidade a qual se destinava. Detectadas irregularidades, o Ministério Público atuou no sentido de estabelecer diálogo junto ao poder público com o fim de buscar o realinhamento da política. Não tendo sido concretizado esse objetivo, ajuizou-se Ação Civil Pública, cujo fim foi a tutela dos direitos difusos e coletivos das crianças e adolescentes.

Quanto ao caso relatado no *podcast*, ficou evidenciada a atuação do Ministério Público na esfera extrajudicial, junto a demais movimentos sociais e órgãos públicos como a FUNAI e as prefeituras da região do Alto Solimões, no Amazonas. A partir da criação da Comissão de Alimentos Tradicionais dos Povos no Amazonas (Catrapoa) em 2016 e, em 2021, da criação da Mesa de Diálogo Permanente Catrapovos Brasil, emergiram novas condições para a reivindicação de melhoria da qualidade da alimentação escolar e do escoamento da produção advinda da agricultura familiar.

Pôde-se observar também que tratar da alimentação de crianças e jovens é refletir acerca das políticas públicas existentes no campo e pensar as instituições, principalmente no que diz respeito à sua estrutura e ao gerenciamento dos recursos públicos, de modo

que cumpram com a finalidade a qual foram instituídas. É possível ver, nos casos apresentados, como as políticas voltadas à alimentação de crianças e jovens precisam estar articuladas com demais políticas públicas que envolvem a assistência social, a educação, a segurança pública, o transporte, a cultura, além do necessário envolvimento dos movimentos sociais e de suas práticas de sobrevivência e trabalho, de modo a impactar na geração de renda e na proteção ambiental.

Nestes diferentes contextos, fica evidente a atuação do Ministério Público na articulação e diálogo destes diversos campos, que de princípio possam aparentar ser distantes, mas que guardam uma complexa interdependência. A partir do desenvolvimento e fortalecimento de políticas públicas que levem em consideração esta interdependência, possibilita-se a efetivação de importantes princípios previstos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo fundamental a reflexão acerca do princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente.

A partir deste princípio, a Administração Pública fica obrigada a desenvolver políticas e medidas que atendam com prioridade essas necessidades fundamentais, sendo vedada a discricionariedade neste campo. Assim, havendo desvios e descumprimento por parte dos agentes públicos em relação às garantias fundamentais previstas constitucionalmente, é certo que seus atos podem e devem ser submetidos à apreciação do Poder Judiciário, de modo a possibilitar o controle de sua legalidade.

CONCLUSÃO

Muito embora exista um amplo arcabouço legal e políticas públicas que têm por finalidade a garantia do direito à alimentação, a falta de acesso à nutrição adequada pela população brasileira e a insegurança alimentar são temas que ainda assolam o país, que, no ano de 2022, retornou ao Mapa da Fome, o que reflete, para além da pobreza e desigualdade social, a ausência ou ineficácia por vezes dessas medidas, demandando o seu fortalecimento e realinhamento.

Ao refletirmos especificamente acerca da garantia do direito à alimentação de crianças e adolescentes, diante da sua situação peculiar de pessoas em desenvolvimento,

vemos que cabe ao Estado agir com primazia na condução de políticas públicas, embora também partilhe com a sociedade a responsabilidade por sua implementação, conforme dispõe Goulart (p. 243, 2019). Ainda, cumpre o poder Legislativo com uma atuação significativa na edição de normas gerais de orientação, formulação e coordenação das políticas de promoção dos direitos fundamentais de crianças e jovens, cabendo aos órgãos governamentais municipais, em regra, e estaduais, excepcionalmente, como também às entidades privadas beneficentes e de assistência social, a sua execução. Estas entidades devem ser incentivadas pelo Poder Público a se envolverem na implementação e efetivação destas políticas e, uma vez participando, devem submeter-se à coordenação, orientação e fiscalização dos órgãos estatais.

Evidencia-se assim a ampla articulação necessária entre o Poder Executivo, Legislativo e organizações da sociedade civil para a promoção dos direitos fundamentais, tal como é o caso da alimentação de crianças e jovens. E o Ministério Público atua, nos níveis jurisdicional e político-administrativo, como articulador privilegiado da política de atendimento das crianças e dos adolescentes, apresentando atuação direta na comunidade e nas instâncias de poder e administrativa, o que contribui para o diálogo e articulação de ambas as esferas.

A atuação na esfera político-administrativa deve ser privilegiada sobre a via jurisdicional, de modo que o Ministério Público utilize os procedimentos administrativos, Termos de Ajustamento de Conduta e Inquéritos Cíveis como meios de solução resolutiva, o que contribui para a maior celeridade do processo de formulação ou execução da política de atendimento. Somente quando esgotadas estas vias, de modo a não se observar efeitos no caso concreto, é que o Ministério Público deve partir para a atuação no nível jurisdicional, mediante a ação civil pública, para fins de tutela dos interesses difusos e/ou coletivos. Neste sentido, o processo, que antes apresentava caráter individualista, passa a estar voltado também à proteção dos interesses da sociedade, adquirindo, na contemporaneidade, um novo sentido: o processo deve ser um meio para a implementação do direito no mundo real, de modo a não apresentar somente um fim em si mesmo.

O presente artigo buscou mostrar que, mediante a sua atuação, o Ministério Público vem realizando um importante trabalho na garantia do direito à alimentação de crianças e jovens, de modo a contribuir e impactar na implementação e manutenção das políticas públicas definidas pela legislação e conduzidas pelo Poder Executivo. São

exemplos disto os casos aqui apresentados e discutidos, em áreas tão diversas quanto a alimentação de bebês, adolescente em unidades socioeducativas e a merenda escolar em terras indígenas. A consecução destas políticas só é possível através de um trabalho em rede, que envolve, para além da atuação do Ministério Público, os três poderes, a sociedade civil e as instituições voltadas para a educação, saúde, meio ambiente e assistência social.

Através desta ampla articulação, possibilita-se a realização no plano concreto do projeto estabelecido pela Constituição da República de 1988, previsto essencialmente em seu artigo 3º, no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Assim, ao tutelar os interesses difusos e/ou coletivos da sociedade, como é o caso da alimentação de crianças e jovens, cumpre o Ministério Público um papel fundamental na consolidação de uma sociedade democrática no Brasil.

REFERÊNCIAS

ANDRADE COSTA, Bruno. O controle judicial nas políticas públicas: análise das decisões judiciais e seu cumprimento para a realização progressiva dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Informação Legislativa*, n. 199, julho-setembro 2013, pp. 255-269.

Bases para a discussão da Política Nacional de Promoção, Proteção e Apoio ao Aleitamento Materno, Brasília - DF, 2017. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/bases_discussao_politica_aleitamento_materno.pdf.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. Lei Federal n. 8069, de 13 de julho de 1990. ECA _ Estatuto da Criança e do Adolescente.

BRASIL. Lei Federal nº 13.257, de 8 de março de 2016. DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/13257.htm.

BRASIL. Lei Federal nº 11.346, de 15 de setembro de 2006. DF: Presidência da

República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm.

BRASIL. Lei Federal nº 72.727, de 25 de agosto de 2010. DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/decreto/d7272.htm.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. Política Nacional de Alimentação e Nutrição / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. – 1. ed., 1. reimpr. – Brasília : Ministério da Saúde, 2013.

BRASIL. Portaria nº 730/GM, de 13 de maio de 2005. Institui o Programa Nacional de Suplementação de Ferro, destinado a prevenir a anemia ferropriva, e dá outras providências.

Diário Oficial da União, Brasília-DF, Seção 1, 14 maio 2005. Disponível em: <http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2005/GM/GM-730.htm>.

Câmara Interministerial de Segurança Alimentar e Nutricional. A Exigibilidade do Direito Humano à Alimentação Adequada, Ampliando a Democracia no SISAN. Brasília, DF: MDSA, CAISAN, 2017.

CARVALHO, Eduardo Santos. Ação civil pública: instrumento para a implementação de prestações estatais positivas. Em: Revista Ministério Público, Rio de Janeiro, RJ, (20), 2004.

Guia de Programas da Infância e Adolescência do Governo Federal: gestão 2015-2018. Disponível em: <https://www.fadc.org.br/sites/default/files/2019-02/Guia-de-programas-GovernoFederal15-18.pdf>. Acesso em 02/04/2023.

GOULART, Marcelo Pedroso. Elementos para uma teoria geral do Ministério Público, pp. 229 - 243. São Paulo: D'Plácido, 2020.

LIMA, Fernando Rister de Souza. Decisões do STF em direito à saúde: aspectos econômicos e políticos, pp. 21-29. São Paulo: Almedina, 2020.

LEIVAS, Paulo. Em: Relatório Final do Seminário “A exigibilidade do Direito Humano à Alimentação Adequada e o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional”, p. 53, Brasília, 2010. Disponível em: https://www.fao.org/fileadmin/user_upload/righttofood/docs/seminario%20relatorio%20final%20maio%202010.pdf.

Ministério Público do Estado de São Paulo. Enfrentamento à fome - Roteiro de Atuação Institucional: conceitos e práticas, 1ª edição - São Paulo, 2023.

Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Ação Civil Pública nº 1153182-84.2017, referente ao procedimento administrativo de nº MPMG-0024.13.008452-8. Vara da Infância e Juventude da Comarca de Belo Horizonte - Minas Gerais, novembro de 2017.

Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Ação Civil Pública. Vara Infracional da

Infância e Juventude de Belo Horizonte - MG, abril de 2022.

Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Ação Civil Pública referente ao procedimento administrativo de nº MPMG-0231.20.000465-4. Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Ribeirão das Neves - Minas Gerais, maio de 2024.

Ministério Público do Estado do Pará. Ação Civil Pública referente ao procedimento administrativo de nº 01/2020. Comarca de Santarém Novo/PA, maio de 2020.

Disponível em

<https://www.mppa.mp.br/data/files/F4/E7/04/4C/DDC427101EE01227180808FF/Santarem%20Novo_ACP%20Merenda%20Escolar.pdf>. Acesso em 04/06/2024.

MOREIRA OLIVEIRA, Luciano. O Ministério Público brasileiro e a implementação de políticas públicas. Em: Revista de informação legislativa, v. 50, n. 198, p. 223-238, abr./jun., 2013. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496962/000983419.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

NÓBILE, Carmen Sílvia Righetti; LEHFELD, Neide Aparecida de Souza. Os desafios das políticas públicas na garantia de direitos: um estudo na Vara da Infância e Juventude. 2016.

Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Políticas Sociais para a Infância e Adolescência: guia para a gestão pública. Disponível em: <https://www.fadc.org.br/sites/default/files/2021-11/politicas-sociais.pdf>.

Podcast: Tão Perto e Tão Longe, 2023. Disponível em

<https://radionovelo.com.br/originais/apresenta/tao-perto-e-tao-longe/>. Acesso em 12/07/2024.

PRADO AMARAL, Claudio do. Direito fundamental à alimentação. Em: *Curso de Direito da Infância e Adolescência*, pp. 273-279. São Paulo: Edusp, 2020.

Proteja: estratégia nacional para prevenção e atenção à obesidade infantil. Disponível em: http://189.28.128.100/dab/docs/portaldab/publicacoes/orienta_proteja.pdf. Acesso em 02/04/2023.

SOARES, Hector Cury. Políticas públicas e controle judicial: o papel da decisão judicial. Em: Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brasília, v. 2, n.1, p.19 - 36, jan./jun. 2012.

SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. Em: Políticas Públicas no Brasil (Gilberto Hochman, Marta Arretche e Eduardo Marques, orgs.) Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007, pp. 65-86.

STARCK, Gilberto. Direito humano ao alimento no Brasil: aspectos históricos, marcos legais e judicialização, 2020. Disponível em:

<https://revista.uemg.br/index.php/sciasdireitoshumanoseducacao/article/view/5001/3182>

.

The state of food security and nutrition in the world - 2021. Disponível em:

<https://www.fao.org/3/cb4474en/cb4474en.pdf>. Acesso em 14/04/2023

MINISTÉRIO PÚBLICO E A ATUAÇÃO RESOLUTIVA NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE AND RESOLUTIVE ACTION IN THE DEFENSE OF FUNDAMENTAL RIGHTS

João Gaspar Rodrigues

Mestre em Direito. Promotor do Ministério Público da Amazonia

RESUMO

Este ensaio busca reunir reflexões sobre a obrigação constitucional do Ministério Público de entregar resultados e cumprir finalidades jurídicas, garantindo a democracia e as promessas constitucionais, por meio de uma investigação de natureza bibliográfica, analítica e documental, utilizando-se de uma metodologia dedutiva. Diante da complexidade moderna, novos saberes e interlocutores se abrem, em redes líquidas, para soluções mais efetivas. Não se trata de ocupar todos os espaços, mas de atuar com qualidade, focando em resultados socialmente relevantes em todas as áreas, cuja tutela foi deferida à instituição. A resolutividade, uma nova maneira de pensar a atuação, exige análises, estudos e planejamento. Neste contexto, o Ministério Público assume caráter dialogal, buscando solucionar os conflitos, evitando um *ethos* combativo e adversarial.

Palavras-chave: Ministério Público. Resolutividade. Multirracionalidade. Direitos fundamentais. Resolutivismo.

ABSTRACT

This essay aims to gather reflections on the constitutional obligation of the Public Prosecutor's Office to deliver results and fulfill legal purposes, ensuring democracy and constitutional promises, through a bibliographic, analytical, and documentary

investigation, using a deductive methodology. In light of modern complexity, new knowledge and interlocutors emerge, in liquid networks, for more effective solutions. It is not about occupying all spaces, but about acting with quality, focusing on socially relevant results in all areas entrusted to the institution. Resolution, a new way of thinking about action, requires analysis, studies, and planning. In this context, the Public Prosecutor's Office assumes a dialogical character, seeking to resolve conflicts and avoiding a combative and adversarial *ethos*.

Keywords: Public Prosecutor's Office. Resolutivity. Multirationality. Fundamental rights. Resolutivism.

1- INTRODUÇÃO

As sociedades se reescrevem cada vez mais rápido, como num processo de aceleração histórica. A partir dessa evidência, instituições criadas para servi-las precisam, de algum modo, encontrar a sintonia perfeita para estarem no mesmo diapasão e entregar os resultados concretos ansiados. Neste propósito de entregar resultados úteis e relevantes à sociedade, o Ministério Público buscou construir no horizonte das ideias políticas e jurídicas, uma doutrina que lhe assegurasse o *map road* para alcançar esse elevado objetivo. Desse entrechoque de expectativas e diante de modelos de atuação pouco efetivos, surge finalmente a doutrina da resolutividade¹.

Já não é uma hipótese vacilante, mas prática com algum nível de consolidação e de repercussão na instituição. O desejo etéreo de fazer-se efetiva na prestação de seus serviços à sociedade e de identificar-se por caracteres próprios enquanto instituição, teve na doutrina da resolutividade o instrumento atrativo e aglutinador. Obviamente, a falta de introjeção de experiências passadas, atrasou um pouco o surgimento e o desenvolvimento da doutrina, mas sua disseminação persiste firme e sólida.

Mas entregar resultados e cumprir promessas constitucionais são deveres de elevada magnitude de uma instituição teleológica, vocacionada a concretizar propósitos, finalidades e objetivos. Se há um dever institucional na entrega do bem da vida (individual

¹ Sobre a gênese e a evolução histórica da resolutividade no âmbito do Ministério Público, conferir Rodrigues (2023b, pp. 46-47).

indisponível ou coletivo), existe, por outro lado, o direito dos destinatários dos serviços ministeriais (os cidadãos e as cidadãs) e financiadores de todas as formas de expressão do poder estatal, de exigir tal efetividade.

Por esta perspectiva, este ensaio busca reunir reflexões sobre a obrigação constitucional do Ministério Público, a partir de um profundo padrão de integridade, de entregar resultados úteis e socialmente relevantes, garantindo a democracia e as promessas constitucionais. A prospecção teórica se faz por meio de uma investigação de natureza bibliográfica, analítica e documental, utilizando-se de uma metodologia dedutiva. A resolutividade, uma nova maneira de pensar a atuação, exige análise (fática e contextual), estudo e planejamento. Neste cenário, o Ministério Público assume caráter dialogal, buscando solucionar os conflitos, evitando, em princípio, um *ethos* combativo e adversarial.

2- RESOLUTIVIDADE E DEMANDISMO

A atuação demandística serve-se da técnica de subjugação, de “dobrar o outro” (a parte adversa) ao seu propósito. Gera espaços sagrados, espaços exclusivos que se fecham e se separam do exterior, criando um mundo próprio que se reflete no clássico aforismo: *Quod non est in actis non est in mundo* (o que não está nos autos não está no mundo). Há limites que separam os iniciados dos não iniciados, a começar pela própria linguagem empregada. A linguagem demandística, esvaziada de qualquer função comunicativa, é empregada não para convencer (atitude essencialmente democrática), mas para alcançar e expressar uma verdade absoluta: a coisa julgada.

Já os meios resolutivos atuam, num primeiro e decisivo momento, de forma dialogal e articuladora, chamando o outro para a solução do conflito. Não é a violência ou o poder impositivo que, inicialmente, caracteriza a resolutividade, mas a persuasão e o diálogo. Não logrando êxito, a postura resolutiva persiste, ainda que fazendo uso de outros métodos ligados às suas prerrogativas públicas, pois espaços de linguagem também são espaços de poder.

A hierarquização e a ritualização formal forjadas pelo demandismo não ajudam a preservar a exatidão dos fatos. Como diz Rosling (2019, p. 56), “olhar do alto para baixo distorce a visão. Todo o resto parece igualmente baixo, mas não é”. Ademais, tanto as instituições políticas quanto jurídicas estão desconstruindo cada vez mais as estruturas hierárquicas (Han, 2018, p. 150). A moderna tecnologia do poder já não se manifesta na forma tradicional de violenta impositividade, e nem representa um *medium* central da convivência política.

O demandismo é ainda tão arraigado na estrutura de atuação do Ministério Público que a aplicação de um princípio tão essencial como o da cortesia, ainda está preso ao processo judicial. Veja-se, por exemplo, o art. 43, IX, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/1993) quando elenca como dever dos membros do Ministério Público “tratar com urbanidade as partes, testemunhas, funcionários e auxiliares da Justiça”.

Por esta lei, em princípio, o dever de urbanidade ou de cortesia não se aplica além dos atores, direta ou indiretamente, ligados ao processo judicial: partes, testemunhas, funcionários e auxiliares da Justiça. É reflexo do demandismo predominante. Esqueceu-se o legislador que o MP atua fora do processo judicial estabelecendo relações com outros atores: pessoas do povo (atendimento ao público), políticos (vereadores, prefeitos, secretários municipais, estaduais, etc.), servidores públicos em geral (policiais militares, civis, peritos, professores, gestores etc.), alunos, consumidores, pessoas idosas, crianças e adolescentes, vítimas de crimes ou de violência, sobreviventes de tortura etc. E com todos precisa valer-se do respeito e da cortesia.

O rito de passagem do puro e mecânico demandismo é constituído pela estratégia que, por sua vez, é alimentada pelo estudo, análise e planejamento, as três palavras de ordem da resolutividade. O estudo é o aspecto técnico envolvido na questão; a análise refere-se aos fatos e sua contextualização²; e o planejamento é a combinação produtiva das duas variáveis anteriores para alcançar a melhor solução e entregar os melhores resultados. Este tripé bem executado, com um começo, um meio e um movimento em

² Neste sentido, veja-se a disposição do art. 25, da Resolução CNMP n. 261/2023 (Código de Ética): “O membro do Ministério Público atuará com prudência, particularmente atento às consequências de seus atos e decisões, e zelando para que sejam racionalmente motivados à luz do ordenamento jurídico, a partir da consideração de todos os fatos, circunstâncias e alegações constantes dos processos, procedimentos ou feitos congêneres”.

direção ao clímax resolutivo, coroa uma atuação moderna do Ministério Público. Do contrário, sem esforço analítico, científico e estratégico, produz-se um agregado de aparência, que salta em pedaços à menor dificuldade.

Ainda é preciso ter claro que a preferência pela resolutividade – enquanto movimento funcional extrajudicial - não implica, *sic et simpliciter*, na correspondente diabolização da judicialização das demandas. O sistema judiciário continua a ser, nesta multiplicidade de portas de acesso à justiça oferecida pelo contexto jurídico moderno, um canal determinante para alcançar a segurança jurídica e a estabilidade das relações sociais (“tutela por adjudicação”). E como tal, não pode ser menosprezado ou demonizado, mas aperfeiçoado na exata proporção das exigências sociais atuais por efetividade na entrega dos serviços públicos.

Uma compreensão parcial, a partir das considerações iniciais lançadas acima, autoriza conceituar a resolutividade como uma qualidade da atuação funcional do membro do Ministério Público, em qualquer área funcional, adstrita à produção de resultados úteis e relevantes, com a entrega do bem da vida e adimplindo as promessas constitucionais no raio de suas competências fundamentais.

3- RESOLUTIVIDADE E MULTIRRACIONALIDADE

A atividade desenvolvida pelo Ministério Público é, essencialmente, *criadora*, justamente porque precisa cumprir múltiplas promessas constitucionais, sobre as quais o constituinte originário não indicou, com clareza, os meios necessários para concretizá-las. Se coubesse à instituição apenas a “defesa da ordem jurídica” (tal como previsto no art. 127, *caput*, da Constituição Federal), excluindo-se, por hipótese, a “defesa do regime democrático”, poder-se-ia cogitar, remotamente, da conformidade de uma atuação menos criativa, e mais mecânica. Mas o cenário constitucional é mais exigente e mais abrangente, impondo à instituição um engajamento ímpar na defesa dos interesses

lançados no art. 127³.

Sob essa perspectiva, o membro do Ministério Público instado a entregar resultados relevantes e úteis aos seus clientes constitucionais, precisa munir-se e cercar-se de múltiplas formas de racionalidade (Nogueira, 2004, p. 370), que não apenas um *standard* de racionalidade estritamente jurídica:

a) uma *razão técnica*, que o habilita a como fazer as coisas (“saber fazer”). E essa razão técnica é mais vertical e extensa, rompendo os limites da mera dogmática jurídica e incorporando uma compreensão transversalmente humanista.

b) uma *razão crítica*, que o impele a pensar sobre as coisas, incentivando a detectar, nomear e corrigir falácias em uma ampla gama de conceitos (Pinker, 2018, p. 444; Rosling, 2019, p. 55). Se os membros forem meramente bem informados, dotados de uma *razão técnica*, irão estudar as coisas, mas dificilmente farão alguma inovação em sua área de atuação. Não haveria inovação e progresso sem o estímulo proporcionado por um senso crítico apurado nas batalhas diárias.

c) uma *razão política*, que o auxilia a conviver com o diferente (com a diversidade antagônica de opiniões), se inserir na sociedade e pensá-la. Em sentido próprio, política não é a vontade de exercer o domínio, mas a decisão de viver conjuntamente. A essência do político é o agir conjunto, que se radica no falar (e escutar) uns com os outros. A vida humana não se politiza ao se abandonar incondicionalmente ao poder; somente a decisão de viver juntos é que politiza a existência humana (Han, 2018, p. 124-125/213). Os tempos atuais, de extrema polarização, exigem membros ministeriais que sejam porosos, polivalentes, de mentes inquietas e não lineares, receptivos às ideias e à vida pública, com a capacidade de construir e organizar, persuadir sem cessar, fixar parâmetros de sentido para toda uma coletividade.

d) uma *razão teleológica*, em que o membro do Ministério Público age buscando fins, resultados. O agente ministerial não instaura, por exemplo, um PIC ou outro procedimento qualquer, ou ajuíza uma ação judicial, para apreciar a beleza do

³ A busca multirracional pela excelência profissional revela um esforço institucional em eliminar todos os grandes obstáculos para a felicidade da vida social humana (que constituem outras tantas promessas constitucionais): o medo, a fome, a insegurança e a ameaça existencial.

encadeamento dos atos ou para discutir teses acadêmicas (e bizantinas), mas para atingir uma finalidade substancial e prática. Essa perspectiva teleológica resgata a ligação com a vida que, como afirma Leibholz (1964, p. 39), “é tão necessária para a ciência jurídica”.

O aplicador do Direito há de ter sempre diante dos olhos, o fim da lei, o resultado que quer alcançar na sua atuação prática (Ferrara, 1987, p. 130); a lei é um ordenamento de proteção que pretende satisfazer certas necessidades, e deve interpretar-se no sentido da melhor resposta a esta finalidade, e portanto, em toda a plenitude que assegure tal tutela.

e) uma *razão comunicativa* consistente na capacidade (ou habilidade) de comunicar-se de maneira racional, baseada em fatos, argumentos racionais e compreensão mútua. Está relacionada à busca de consenso através do diálogo e de manter-se atento à perspectiva alheia. A democracia caracteriza-se por ter um núcleo essencial comunicativo (Han, 2018, p. 109), que permite o “falar” e o “escutar”.

A horizontalidade entre “falar” e “escutar” amplia a possibilidade de acordos e de composições, meios aptos a superar divergências e conflitos. A razão comunicativa abre um espaço deliberativo e coloca em movimento diversos recursos resolutivos. O demandismo, por sua vez, abre-se como um vazio comunicativo.

f) uma *razão estratégica*, que se aplica em contextos de interação estratégica, onde os agentes tentam maximizar seus resultados em um ambiente onde as ações de outros agentes são relevantes. Um agente público, obrigado a dialogar com outros agentes (públicos ou privados), com narrativas, saberes e interesses diversos, acaba sendo uma criatura contextual e desenvolvendo estratégias adequadas a tais ambientes diversos.

A atuação do membro ministerial, em base eminentemente multirracional, não precisa recluir os inevitáveis erros. Os erros não devem ser justificados ou explicados (salvo, eventualmente, em sede disciplinar, em havendo algum específico elemento anímico que os transformem em “erros maliciosos” ou “fraudulentos”), mas usados como fonte de calibração para futuros acertos⁴. É o aprendizado a partir dos erros, dos chamados “erros proveitosos” (Lovelock, 2006, p. 32), sementes de uma explicação mais

⁴ Como diz Steven Pinker (2018, p. 450), “é da própria natureza da racionalidade que aqueles que raciocinam sempre podem dar um passo atrás, considerar suas próprias deficiências e pensar em maneiras de contorná-las”.

verdadeira, numa espécie de “criação da ordem pela desordem”. Os poderes regeneradores e construtivos dessa multirracionalidade, movidos por uma criatividade persistente, além de superar a sabedoria convencional (posta em xeque pelo ritmo acelerado de tudo), indicarão os rumos a seguir para qualquer ação empreendida pelo Ministério Público.

Esse sistema multirracional “auto-organiza-se” em pleno processo de atuação funcional. Ele desenvolve-se através de pequenas etapas, mas todas juntas atingem um resultado complexo, afetando, substancialmente, os objetivos jurídico-sociais do Ministério Público. Não são necessárias ações complexas para produzir resultados complexos, basta a combinação simples dessas racionalidades para surpreender novos elos de associação.

A busca multirracional pela excelência profissional revela um esforço institucional em eliminar todos os grandes obstáculos para a felicidade da vida social humana (que constituem outras tantas promessas constitucionais): o medo, a fome, a insegurança e a ameaça existencial.

É importante ressaltar, por fim, que um método racional único não pode nutrir a pretensão de ser a panaceia das funções atribuídas ao Ministério Público. A forma de atuação é diferente em cada caso particular, segundo a demanda submetida. Neste sentido, o sincretismo dos métodos, tão combatido, longe de ser prejudicial, é absolutamente necessário para uma inserção institucional em ambiente social tão diverso e exigente.

4- A RESOLUTIVIDADE, O CARÁTER TELEOLÓGICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A ABRANGÊNCIA EM CADEIA

Nos debates doutrinários e institucionais, ao longo dos últimos anos, a resolatividade é mais frequentemente invocada do que descrita e é mais frequentemente descrita do que definida. Esta dificuldade em conceituar, de modo a categorizar a

resolutividade como uma doutrina especial e distinguível, existe por uma razão muito simples: a entrega de resultados concretos e úteis constitui a essência constitucional do Ministério Público. Todo o seu desenho constitucional alavanca-se sobre a expectativa de que a instituição cumpra suas finalidades referentes à “defesa da ordem jurídica”, à “defesa do regime democrático” e à “defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

A resolutividade liga-se visceralmente com a natureza teleológica do Ministério Público, de ser impulsionado por finalidades, objetivos e fins projetados na Constituição e nas leis. Finalidades e resultados, continuamente atualizados pelas exigências sociais, moldam uma sinonímia quase perfeita, e obrigam a instituição a ter, no mínimo, uma postura resolutiva na execução de todas as suas funções.

Os aspectos teleológico e resolutivo do Ministério Público são qualidades institucionais intrínsecas e intemporais, não consequências derivadas de uma época específica (com suas específicas exigências e necessidades). Tanto é assim que, historicamente, o MP brilha na democracia (regime sabidamente reivindicativo) que lhe oferece um horizonte de possibilidades e fenece quando há uma erosão democrática (cenário que drena a capacidade institucional de entregar resultados).

Mas se os aspectos teleológico e resolutivo são qualidades intrínsecas institucionais e quase sinonímicas, por que só anos depois da Constituição Federal de 1988 passou-se a falar doutrinariamente sobre resolutividade? A resposta está em duas variáveis de enorme peso nas conquistas culturais de qualquer ramo do conhecimento humano: semântica e o possível adjacente.

Um fenômeno resulta transformado pelo simples fato de ser nomeado e definido. Muitas vezes, a semântica molda a realidade, confere o sopro de vida a fenômenos que sempre existiram na facticidade do dia a dia, mas sem um aparato conceitual identificador, é como se não existissem. Há muitos exemplos: violência obstétrica, racismo estrutural, capacitismo, serendipidade, resolutividade institucional etc.

Entre alguns povos primitivos (Harari, 2016, p. 197), por exemplo, a vida humana só começa depois que o bebê recebe um nome. Quando nasce uma criança, os familiares esperam algum tempo antes de lhe darem o nome. Se decidem não ficar com o

bebê (porque sofre de alguma deformidade ou por motivos econômicos), eles o matam. Contanto que o façam antes da cerimônia em que lhe é dado o nome, esse ato não é considerado assassinato. É como se uma vida humana sem nome, não existisse.

A ausência de um termo semântico batismal impede que se extraia todas as consequências possíveis de um fenômeno. No caso específico do Ministério Público, a doutrina sobre efetividade e entrega de resultados só surge e se desenvolve quando é cunhado o termo “resolutividade”. É o grão de areia, em torno do qual, um trabalho paciente cria uma pérola de inestimável valor.

A segunda variável - que em si é um padrão de inovação - que levou o desenvolvimento institucional ao nível da resolutividade é o “possível adjacente”. É um modelo de inovação, como já ressaltado, sugerido por S. Johnson (2011, p. 30), e pode ser definido como “uma espécie de futuro espectral, pairando nas bordas do atual estado de coisas, um mapa de todas as maneiras segundo as quais o presente pode se reinventar”. A ideia central é que a inovação muitas vezes ocorre explorando o que é “possível” dentro do espaço próximo ou “adjacente” ao que já é conhecido e praticado. E a experiência confirma que tudo o que é possível será, em algum momento, realizado ou pelo menos tentado.

No caso em análise, a descoberta e o desenvolvimento desse perfil resolutivo só foram possíveis, graças ao nível de maturidade democrática alcançado pela sociedade brasileira. Isso explica porque a resolutividade, embora seja inerente à essência teleológica da instituição, nunca foi possível estruturá-la durante a maior parte do século XX (recheado de regimes exceção ou fracamente democráticos). O “possível adjacente” para a resolutividade foi a temporalidade democrática, assim como outras descobertas e conquistas ainda continuarão a depender dessas bordas alargáveis (desse “futuro espectral” ou desses “sinais do futuro”).

À medida que a ambiência democrática vai se desenvolvendo e se tornando mais elaborada, o corpo de conhecimento positivo e testado aumenta, e as sequências observadas se tornam mais complexas e de maior alcance. Nessa linha de argumentação, se a democracia brasileira persistir se consolidando ao longo dos anos, o sarrafo do “possível adjacente” será elevado e novas conquistas serão alcançadas (conquistas já cogitadas ou iminentes, mas sem o ambiente adequado para acolhê-las como razoáveis).

Falar, portanto, sobre Ministério Público resolutivo acaba sendo quase um pleonasmo. Mas a expectativa de uma postura resolutiva capaz de entregar resultados úteis e relevantes acaba sendo um poderoso guia para a ação. E as virtudes tradicionais que a acompanham, tais como o cumprimento do dever, a disciplina e o rigoroso – e contínuo - estudo, constituem forças de renovação da atualidade democrática.

Outro ponto importante a destacar é a resolutividade em cadeia (ou “all-embracing”). Esta forma de atuação, para exaurir toda sua potencialidade, precisa insinuar-se dendriticamente, através de toda a instituição, atravessando-a até alcançar os órgãos de execução da atividade finalística. Os fios que a transmitem de ponta a ponta, devem ter a capilaridade necessária para interconectar todos os órgãos, desde os da atividade-meio até os da atividade-fim, incidindo de forma automática e obedecendo ao planejamento estratégico da instituição.

5- ATUAÇÃO EM REDE

O Ministério Público, em qualquer área de atuação, não pode ser insular, voltando-se, teimosamente, para si, reproduzindo um cenário orwelliano composto de membros atomizados, não sabendo mais se comunicar entre si. Primeiro, porque se assim procede, perde grandes oportunidades de inovação, dado que agentes ou órgãos que se relacionam com muitas unidades diferentes (intra ou extrainstitucionalmente) tendem a ser melhores fontes de inovação do que aqueles voltados unicamente para si (Pariser, 2012, p. 92-93). Um ambiente criativo frequentemente depende de “redes líquidas”, nas quais ideias diferentes podem colidir em configurações diferentes ou intuições podem surgir à espera de uma conexão. Essas ideias (ou intuições) surgem por serendipidade⁵ – busca-se uma resposta para um problema, e encontra-se outra. Dessa forma, as ideias costumam surgir em lugares onde a colisão aleatória é mais provável.

A inovação prospera quando as várias ideias têm espaço para se conectar e se

⁵ Serendipidade refere-se à ocorrência de descobertas ou eventos felizes e inesperados, que acontecem por acaso ou por sorte enquanto se procura por algo diferente. É a capacidade de fazer uma descoberta valiosa ou útil de forma não intencional, muitas vezes enquanto se está focado em outro objetivo.

recombinar com outras, quando intuições podem encontrar em outras, a capacidade de colmatar seus vazios. Ao invés de construir muros entre as ideias, impedindo o estabelecimento de conexões e de combinações, o ideal para a inovação é lançar pontes, criando o cenário perfeito para o surgimento e a consolidação de boas práticas.

As redes líquidas – esse imenso caldeirão de ideias diversas - são os locais em que novas ideias, temas e até linguagens são criados e postos à prova no comércio ordinário da vida. O pior efeito da atomização, insularidade ou unidimensionalidade dos agentes ministeriais é confiná-los ao seu órgão de execução (ou até nos limites da sua área de atuação especializada), incapazes de ver e explorar o cabedal das enormes possibilidades dos espaços abertos constituídos por *players* internos e externos.

Em uma rede caótica, fraturada, de baixa densidade dialógica, ideias surgem e desaparecem sem deixar registros, pois não encontram outras capazes de testá-las. Em redes densas, irrigadas por farto diálogo e larga cooperação, boas ideias e boas práticas têm uma propensão natural a entrar em circulação. O ponto de partida da inovação não é o trabalho solitário no gabinete de trabalho, mas a mesa de reunião com a equipe e os colegas de instituição: uma estrutura suficientemente geral e aberta capaz de produzir pensamentos inovadores e *insights* criativos. Novas ideias não florescem em arquipélagos. O ambiente de grupo ajuda a contextualizar problemas (Johnson, 2011, p. 55/75), à medida em que questões levantadas por colegas forçam os interlocutores a pensar numa escala ou nível diferente.

Em sessões grupais de discussão e de solução de problemas (ou “ambiente de diálogo”), os ingredientes do raciocínio de uma pessoa podem ser *insights* para outra ou o pontapé inicial para uma nova ordem de raciocínios, resultando num quadro de novas combinações produtivas e despertando em agentes ministeriais (incumbidos de defender elevados interesses constitucionais) um sentido mais pleno das possibilidades da vida social. Nesses ambientes de diálogo, a rotina monótona é desconhecida e o inesperado torna-se regra.

Conclui Johnson (2011, p. 56) que quando se trabalha sozinho num gabinete, as ideias podem ficar emperradas, presas aos preconceitos iniciais. Mas o fluxo social da conversa em grupo transforma esse estado sólido privado numa rede líquida, exercendo um efeito transformador sobre a qualidade das ideias. Numa rede líquida, cada um, a partir

de sua experiência, pode mostrar caminhos que não funcionaram e todos juntos encontrar um novo caminho mais adequado.

Sobre a questão, há uma lição do psiquiatra austríaco F. Hacker (1981, p. 157) que consegue dimensionar os efeitos sobre o cérebro de um ambiente não sujeito a mudanças (redes de baixa densidade dialógica):

A monotonia provocada por condicionamento de estímulos ou repetição dos mesmos, devido a um ambiente imutável, suscita um funcionamento anormal do cérebro, que por seu lado faz surgir um comportamento anormal. A mudança não é a essência da vida, mas a sua substância.

Em segundo lugar, dando continuidade à argumentação contra a atuação isolada do membro ministerial, a sociedade, sobre a qual o Ministério Público é chamado a atuar, é um todo constituído de partes mutuamente interrelacionadas (Buckley, 1971, p. 106) ou de partes dependentes entre si (Kolakowski, 1990, p. 105)⁶. Tudo age sobre tudo; não é possível sustentar a descontinuidade de uma coletividade. Uma sociedade cujos setores ou nichos formassem mônadas, sem nenhuma classe de relações, seria, não somente utópica, mas tampouco poderia ser qualificada de sociedade.

A sorte da atuação funcional do Ministério Público, como defensor mais autorizado dos interesses sociais, segue o destino da organicidade da sociedade. Assim, nada justifica que a instituição, seja em sua estrutura ou maneira de atuação funcional, fragmente-se em ínsulas autossuficientes e autorreferentes, mesmo sob a invocação da independência funcional. Soa mais efetivo, o desenvolvimento das atividades ministeriais, internamente, sob um regime de confiança recíproca e de uma solidariedade de consistência mínima, em que cada agente e cada área de atuação, associem-se no propósito comum de cumprir as promessas constitucionais.

Ademais, como diz Johnson (2011, p. 24), “somos mais bem-sucedidos ao conectar ideias do que ao protegê-las. (...) Boas ideias podem não querer ser livres, mas

⁶ “A sociedade é compreendida como uma teia dinâmica de fatos inter-relacionados. Nenhum dos setores ou dos nichos de qualquer parte dessa teia é fundamental, ou seja, não há classificações hierárquicas de fenômenos sociais; todos eles decorrem das outras partes do todo social, e a coerência total de suas inter-relações determina a estrutura da teia” (Rodrigues, 2023a, p. 119). E o Ministério Público, por consequência, espelha e reflete esse fenômeno, não sendo definido por oposição, mas por identidade e proximidade à sociedade democrática a que serve.

querem se conectar, se fundir, se recombinar. Querem se reinventar transpondo fronteiras conceituais”. À medida que as ideias se recombinaem, abrem espaços para novas possibilidades; cada combinação introduz novas combinações, expandindo o horizonte de possibilidades ou o espaço de configuração das possibilidades.

Os dados dos inúmeros órgãos de execução (procedimentos, processos, projetos etc) são gerados dentro de uma rede fechada: projetada para proteger com cuidado os documentos de outros membros da instituição, constituindo, como diz Johnson (2011, p. 79), “o legado de uma instituição baseada em segredos e na extrema restrição de acesso aos dados” e produzindo uma “*mentalidade de silo*, que leva ao engavetamento de informações vitais numa unidade, impedindo que seja compartilhada com outras”.

O exercício funcional de todas as atribuições conferidas ao MP coloca-se, portanto, em um ciclo estruturado, na tentativa de articular o que está separado e não deveria. O fluxo da realidade social não é atomizado e não pode ser trabalhado de forma cartesiana, numa redução a elementos mais simples. Os novos tópicos emergentes da atuação funcional ministerial estão atrelados a diversos conceitos formais de racionalidade sob o amparo de saberes diversos e de relações estruturadas.

Em uma democracia, o poder público (em suas diversas formas de expressão) é apenas um componente que coexiste em uma rede social de muitas e variadas instituições, tendo os cidadãos como principais interessados (Androniceanu, 2021, p. 151). A essência de qualquer democracia reside na participação ativa dos cidadãos no processo de tomada de decisões governamentais. E como desdobramento direto, o fato dos indivíduos em sociedade exercerem influência uns sobre os outros, projetando um sistema interferente.

6- ATUAÇÃO BASEADA EM FATOS

O grande desafio atual, tanto da cidadania esclarecida quanto daqueles que exercem alguma função pública (principalmente de controle e de fiscalização), é construir uma visão de mundo baseada em fatos. O movimento de enxame das redes sociais, o mundo digital, pouco oferece de contribuição a esse propósito. Somente diante de fatos é possível descrever a realidade por trás deles e, a partir daí, incidir sobre e

transformá-la.

Em 1959, em entrevista à BBC de Londres, o filósofo Bertrand Russell foi indagado sobre qual conselho daria às futuras gerações (Bregman, 2021, p. 246):

Ao estudar qualquer questão ou considerar qualquer filosofia, pergunte a si mesmo quais são os fatos e qual é a verdade que os fatos confirmam. Nunca se deixe distrair pelo que você quer acreditar nem pelo que acha que teria efeitos sociais benévolos se acreditassem neles; atente apenas e unicamente ao que são os fatos.

Constitui pretensão audaciosa tentar modificar a realidade sem o amparo dos fatos. O caráter criativo da atividade ministerial não prescinde – a partir de uma perspectiva resolutiva – de um conhecimento mais preciso dos fatos do entorno social (daí a relevância da proximidade cidadã conferida pelo sistemático atendimento ao público). A instabilidade do equilíbrio social, destacada pelo sociólogo e filósofo alemão Hans Freyer (1973, p. 09/10), não é uma multiplicidade de construções concluídas e intemporais, senão a sucessão temporal de estruturas que se vão modificando historicamente. Não é um sistema independente de toda a condicionalidade factual, senão que se acha referido a uma posição existencial, ao presente.

Todo agir institucional tem que saber qual é a estrutura sociológica do povo ao qual serve, precisa conhecer as situações sociais reais e suas tendências. Ausente esse horizonte resolutivo e não tendo em conta os dados envolvidos, de duas uma: ou a atuação institucional não entregará os resultados na proporção esperada, ou terá em mãos a fórmula certa para o desastre.

Somente o membro ministerial imerso na realidade social (o chamado “promotor dos fatos” por oposição ao “promotor de gabinete”) pode captá-la teoricamente e atuar institucionalmente, confrontando eventuais fantasias com os fatos e organizando suas ideias logicamente, em vez de emocionalmente. E só assim, atuando sobre fatos sociais, o membro ministerial passa a conhecer a realidade. A partir disso, tem-se a implantação de um círculo virtuoso que se retroalimenta: cidadania + fatos + conhecimento = resolutividade.

O integrante de um Ministério Público teleológico, adstrito a entregar resultados, a partir de finalidades constitucionais e legais, nunca pode ser completamente uma criatura movida a sugestões, fantasias, ideologias ou noções extravagantes. As exigências

dessa especial natureza institucional tornam indispensável muita atenção aos fatos reais do mundo. Mas, é importante registrar, não basta observar e arrecadar fatos ou dados, é necessário correlacioná-los e reuni-los em todas as combinações possíveis, de modo a extrair as melhores estratégias para causar impacto positivo na realidade.

6- RESOLUTIVIDADE E EDUCAÇÃO DO PÚBLICO

Um aspecto importante na melhoria da qualidade resolutiva do membro do Ministério Público é a educação do público e de todos os *players* e *stakeholders* (que, direta ou indiretamente, lidam com a instituição) sobre o que eles (os membros) fazem e como fazem, o que lhes permite desempenhar bem seu trabalho, ou o que os desabilita. O entendimento público da situação do agente ministerial e de seu trabalho pode criar um clima social, político e jurídico, que estimula o agente a uma otimização do desempenho e garante um reforço positivo para o bom trabalho e um desestímulo aos maus profissionais.

Em estudo já clássico sobre a qualidade dos juízes e seu recrutamento, R. A. Leflar (1960, p. 304) revela ângulos essenciais da educação do público em relação aos seus juízes (e por extensão, de seus membros ministeriais):

Uma das maneiras mais seguras de obter um melhor desempenho, um desempenho máximo e bom por parte de qualquer servidor público é fazer com que ele saiba que um bom desempenho será compreendido e apreciado pelo público para o qual é prestado. Suspeito que a educação do público sobre a natureza e a função de nosso sistema legal, e especialmente de nossos tribunais, seja tão importante para o aprimoramento de sua qualidade quanto a educação dos próprios juízes⁷.

⁷ No original: “One of the surest ways to get better performance, maximum good performance, on the part of any public servant is to let him know that good performance will be understood and appreciated by the public for which it is rendered. I suspect that the education of the public as to the nature and function of our legal system, and particularly of our courts, is just about as important to the improvement of their quality as is the education of the judges themselves”.

Na construção e manutenção da imagem do Ministério Público, como de qualquer outra instituição pública meritocrática, é a percepção razoável do povo que conta - e isso é tudo que conta (Markey, 1994, p. 653). Esses agentes devem esperar ser o objeto de constante e crescente escrutínio público. Um Ministério Público protegido com uma forte reputação de conduta ética e profissional pode resistir a ataques de qualquer setor.

O chamado “efeito pigmaleão” (Bregman, 2021, p. 249), derivado de altas expectativas positivas, pode ser uma ferramenta poderosa, levando a que os membros do MP tenham um desempenho resolutivo elevado. E altas expectativas apenas são forjadas, quando há uma cidadania esclarecida e munida do perfil necessário para exigir o melhor de suas instituições.

O inverso também pode ocorrer: o “efeito golem” (Bregman, 2021, p. 250-251), quando expectativas negativas realmente afetam o desempenho de uma instituição, numa espécie de círculo vicioso. Há evidências que sugerem que o referido efeito e seu círculo vicioso de acúmulo de expectativas negativas podem arruinar organizações inteiras.

O efeito pigmaleão e o efeito golem, como fenômenos de natureza psicológica, revelam o profundo poder da sugestão e da expectativa sobre o comportamento humano. O olhar do outro (linguagem corporal, voz etc) é o espelho por onde é ajustado ou calibrado o comportamento e a atitude de todos. O ser humano é como uma antena, sempre sintonizado nos outros. O indivíduo é, definitivamente, programado para espelhar o outro.

7- OS RISCOS DO RESOLUTIVISMO

O homem vive em um mundo onde cada ocorrência é carregada de ecos e reminiscências do que veio antes (Dewey, 2012). Não é diferente com a resolutividade, enquanto perfil moderno de atuação do Ministério Público. A doutrina, aqui e acolá, ainda apresenta algumas características do que “veio antes”. E quando isso ocorre, há o risco de pervertê-la em resolutivismo como se passa, por contraste, com o demandismo. E ainda pior: como aconteceu com o perfil judicialista, converter-se numa estrutura permanente de atuação.

Além disso, a história das ideias jurídicas comprova que não existe o triunfo absoluto de uma ideia. Sempre haverá o risco e a possibilidade de deturpações, sabotagens e armadilhas para retirar substancialidade.

Abaixo são apresentadas algumas situações que refletem esse risco.

7.1- Ativismo político ou ideológico⁸

Instituições públicas na execução de suas tarefas legais e constitucionais submetem-se a um rígido padrão ético e profissional. Há controles formais e informais, concretos e difusos, internos e externos dispostos em cascata a exigir certa conformidade a esses fins de realce público. No caso do Ministério Público, a questão assume uma importância ainda mais proeminente, dada a ultrasensibilidade dos interesses a serem protegidos e pela origem constitucional da instituição.

A resolutividade potencializa o ativismo ministerial (ativismo imanente ou essencial), resgatando ou reforçando a essência promotora, assertiva e dinâmica do Ministério Público. Mas, como todo movimento de resgate ou de reação, deu azo a casos-limite de um ativismo político ou ideológico, nocivos aos objetivos constitucionais da instituição. E, definitivamente, embaçou um projeto de “criação de imagem”, tão necessário no dia a dia do serviço público, principalmente a uma instituição cujo passo a passo funcional é seguido com amplo interesse por uma sociedade exigente e reivindicativa, que fala, é escutada e aguarda uma resposta.

Para um cientista (social, como o operador jurídico), assegura James Lovelock (2006, p. 93), nada é garantido: tudo é questão de probabilidades. Para um agente ministerial, face às incertezas do contexto fático cada vez mais diverso, não há uma resposta pronta e acabada a partir de um ferramental ideológico ou político. A construção da solução se faz por meio de uma transversalidade de saberes e com uma postura impessoal aberta à pluralidade de ideias. Já o ativista não hesita em exagerar e especular, defendendo sua bandeira e sua causa com tudo que estiver ao seu alcance (num *approach*

⁸ Item inspirado nas lições contidas em outro estudo (Rodrigues, 2023c).

ético do “a qualquer custo”).

Como diz Hacker (1981, p. 233), o ativista político ou ideológico pouco liga à verdade objetiva e só lhe importa o triunfo de uma causa que considera indiscutivelmente justa e verdadeira: a sua. E isso é mais um ponto de atrito com o Ministério Público, pois os interesses defendidos pela instituição não são próprios, mas impessoais.

A corrutela ou perversão intelectual desse “ativismo essencial” (o comportamento militante de membros do MP) é arriscado, pois torna a instituição vulnerável a ataques, quando seus membros assumem posições controversas e, com ela, os interesses superiores da sociedade. A atuação politicamente ativista é, não apenas, fora da vontade e dos padrões de conformidade da instituição, mas contra seus princípios mais essenciais.

7.2- Excesso de projetos retóricos

Assiste-se no horizonte institucional do país, uma proliferação carcinomatosa de projetos retores de “boas práticas”, não apenas em uma ou outra instituição meritocrática, mas em todas as instituições preocupadas com um projeto maior de “construção de imagem” republicana e democrática. Há excelentes iniciativas, que rendem efetivos resultados ao cenário social e comunitário, mas há também “projetos” nascidos da noite para o dia, de um *insight* ou ideia repentina, não dotados de um selo institucional que proporcione maturidade. Brotam apenas como um impulso pessoal de um agente público desejoso (a), em regra, por sugerir uma imagem palatável à comunidade ou aos órgãos de controle internos (disciplinar, hierárquico) ou externos (midiático, social, institucional etc).

Muitos projetos têm apelo retórico e cosmético, mas pouca substância social e jurídica. Neste sentido, é preciso distinguir, como diz Steven Pinker (2018, p. 446), “projetos da moda que desperdiçam tempo e dinheiro de programas que de fato melhoram a vida das pessoas”. Ou ainda, de projetos que realçam o “engajamento” dos benfeitores, daqueles que, efetivamente, melhoram a vida dos beneficiários.

A partir dessa dualidade, a instituição cresce sem fazer-se maior, recheada de

projetos pouco longevos e sem efetividade, concebidos antes para atender interesses pouco republicanos de curto prazo, pois se fossem ao menos de longo prazo, poderiam se confundir, ao fim, com algum interesse social ou individual indisponível legítimo. Aceleraram-se as coisas, cortando caminhos. Desse modo, o excesso de positividade constitui a patologia institucional do momento. O que prejudica as diversas instituições meritocráticas, em especial o Ministério Público, não é a escassez, mas sim o excesso de atividade (não planejada, não analisada, não estudada e, portanto, não resolutive).

Essa hiperatividade vazia é fruto direto da resolutive ou, mais precisamente, da compreensão errônea ou apressada de seus elementos básicos: estudo, análise e planejamento. O padrão usado para medir o valor dos projetos retóricos (ou imagéticos) que surgem na mente de um determinado membro não é a congruência com os fatos, mas a congruência emocional em torno de desejos pessoais (vaidade, autopromoção, prestígio, influência, *image building* ou *bella figura* etc.).

Esses vetores subjetivos referidos acima implicam claro conflito de interesse entre o pessoal e o público, não constituindo um modelo ético adequado para o desempenho resolutive das funções constitucionais atribuídas ao Ministério Público. Assim, o poder resolutive inerente à instituição é, para o agente perdido em sua subjetividade, qualquer coisa de inacessível.

Além de tudo isso, os projetos não são mecanismos tão simples como se pode pensar, eles têm um ciclo de vida. Entre a elaboração e a produção de resultados efetivos, há passos importantes a serem observados: 1- iniciação do projeto (com planos, esboços, documentos relevantes, estudos de viabilidade, partes interessadas, identificação de oportunidades e os custos envolvidos ou financiamento - humanos, financeiros, estrutura física ou digital etc.); 2- planejamento do projeto ou plano de desenvolvimento, com orçamento e cronograma; 3- execução do projeto; 4- controle e monitoramento; 5- encerramento do projeto (concluído e lançado o produto ou serviço, surge o momento de avaliar, junto com a equipe, todo o ciclo). Em suma, a concepção, elaboração, execução e encerramento de projetos não são fases guiadas por impulsos repentinos de uma mente inquieta e pretensamente disruptiva.

7.3- Ética dos resultados

Os resultados a serem alcançados, a partir da resolutividade e seus postulados, devem obedecer a uma ética própria e a um comportamento íntegro, sem levantar a bandeira de resultados-qualquer-que-sejam-as-consequências (o que pode gerar uma “instituição de desempenho” ou resolutivista). Resolutividade, no sentido mais puro da doutrina, não se confunde com sucesso pessoal ou simples vitórias em ações judiciais. O desempenho deve ocorrer alinhado à conformidade (com os princípios éticos e normas legais).

O caso envolvendo a norteamericana Amanda Knox⁹ que tramitou nos tribunais italianos até 2015, convida à reflexão sobre os limites éticos dos resultados alcançáveis a partir da atuação ministerial (Duarte *at al.*, 2024, p. 54). O que levou o Promotor de Justiça a seguir não só com o processo, mas sobretudo, com uma narrativa misógina e fantasiosa contra Amanda? Um caso em que a “intuição pessoal” superou a análise de evidências concretas e, em especial, científicas, para se transformar numa cruzada de responsabilidade criminal em face de uma jovem, no caso de estupro seguido de morte de sua recente companheira de quarto. Qual o propósito de tal cruzada, quando todos os indícios apontavam para uma situação mais prosaica – de invasão de domicílio seguida de estupro por um homem? Em setembro de 2015, a Suprema Corte italiana absolveu em última instância a jovem americana, atribuindo “falhas atordoantes” na investigação e aumento da atenção da mídia, criando “uma busca frenética por culpados”. No fim, a percepção geral foi a de que os responsáveis pelos erros crassos foram o Ministério Público e a polícia. Ambas as instituições, guiadas por profissionais pouco preparados, guiaram-se, obsessivamente, por teorias ridículas, fatos inventados e uma gramática ultramoralística.

Um cenário agonístico¹⁰ de atuação profissional, se for levado longe demais, facilmente se transforma numa realidade alternativa na qual o membro combatente (dotado de um “eu hipertrófico”) pode perder contato com o mundo real, vendo no outro sempre o inimigo a ser combatido, punido e esmagado. O membro, imbuído com esse messianismo combativo, não vê numa “situação de tensão” (*spannungsverhältnis*, como

⁹ Tema de um documentário – “Amanda Knox” - exibido pela Netflix em 2016.

¹⁰ “Concepção agonística é aquela que vê a existência como destinada ao combate, à luta” (Singer *et al.*, 2021, p. 47).

dizem os alemães – Dimoulis & Martins, 2020, p. 179) ou num choque de interesses entre indivíduos ou grupos, um evento de possibilidades, mas simplesmente adversários a serem combatidos com o poder tecnocrático do Estado.

A busca por resultados não pode romper com as amarras éticas (legais e constitucionais) que pautam a instituição (Rodrigues, 2015, p. 84-85; 2023b, p. 49). Entre a ética dos princípios (amparada na moral deontológica como a kantiana) e a ética dos resultados ou das consequências (alavancada numa moral teleológica como a utilitarista), o pêndulo deve sempre acertar o compasso pela primeira. E nem poderia ser diferente, pois o Ministério Público é uma instituição jurídica que se desenvolve num Estado Democrático de Direito (entenda-se governo das leis e moderno constitucionalismo) e embora seja “presentada” por chamados agentes políticos, não desempenha uma atividade designadamente político-partidária ou político-ideológica.

O êxito resolutivo não se identifica com o cálculo egocêntrico do agente ministerial, o que é próprio ou se aproxima do demandismo, mas centra-se na entrega de resultados úteis e relevantes por meio de espaços comunicacionais. A ética dos resultados é própria ao campo político, onde só importa o êxito (Freund, 2003, p. 69), independente das baixezas morais, transgressões da legalidade, atos arbitrários etc. Trata-se de vencer o adversário, não de interrogar-se escrupulosamente sobre os meios empregados.

O norte que leva às boas práticas no âmbito do Ministério Público é pavimentado pelas finalidades constitucionais atribuídas à instituição no art. 127 da CF: defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis. A defesa resolutiva desses interesses é o eixo axiológico a ser trilhado por qualquer iniciativa que aspire à integridade. E a propósito de um modelo de integridade e de *compliance* público ministerial, calha os comentários de Duarte *et al.* (2024, p. 54):

em especial para o Ministério Público, uma ressalva essencial e primária acerca desse tópico é que a conduta republicana não deve ser confundida com o sucesso pessoal ou a vitória em casos judiciais. Não se pode admitir que se alcance um resultado final a qualquer custo, a despeito de evidências, verdades e do respeito às garantias e normas constitucionais. Existem balizas éticas que não podem ser abandonadas por quem exerce uma função pública de grande poder e importância, especialmente quando se aspira à construção de um modelo ético para toda a sociedade. (...)

Qual é o papel que o Promotor de Justiça exerce no imaginário coletivo, e qual é o papel que ele deve de fato desempenhar para garantir a efetividade da missão constitucional? É preciso atentar para a construção do conceito social de “autoridade” e as expectativas existentes em torno desse personagem, para

que pessoas de carne e osso possam realizar seu trabalho com base em evidências concretas, em detrimento de projeções coletivas fantasiosas sobre a realização de justiça. Essa é uma questão que atravessa em particular as autoridades que compõem o sistema de justiça brasileiro, e deve estar presente no processo de elaboração do mapeamento de riscos das instituições ministeriais.

No atingimento de resultados, o Ministério Público nem de longe equipara-se ao modelo competitivo próprio do setor privado. Além da efetividade pretendida e do consequente projeto identitário, seu modelo resolutivo reflete uma aderência aos princípios éticos e de conformidade, o que retroalimenta o valor público da instituição perante a sociedade e evita danos reputacionais. A inércia ou o pouco caso com os valores de fundo de seus serviços não constitui instrumento de ação lícita do Ministério Público.

7.4- Instituição do desempenho

É uma instituição sujeita à ditadura do desempenho e da otimização, cuja obsessão pode resultar em graves assaltos à saúde mental de seus membros (síndrome de Burnout, depressão, ansiedade etc). Essa espécie de violência (ou autoviolência), como diz Han (2018, p. 169), se manifesta como exagero e desproporção, como excesso, exuberância e exaustão, como superprodução, superacumulação, supercomunicação e superinformação. Não é só um *muito pouco* que é prejudicial à resolutividade, mas também um *muito exagerado*.

Em si, volta a dizer Byung-Chul Han (2018, p. 197):

a aceleração não é destrutiva. Temporariamente, um crescimento acelerado de células pode fazer muito sentido na medida em que se submeta à economia de todo o organismo. Onde a aceleração se projeta para além de toda e qualquer determinação de sentido, alcançando autonomia, adquire uma forma diabólica. Esse tipo de aceleração já não pode ser visto como crescimento, mas como uma excrescência. A aceleração autêntica pressupõe um processo que se dirige a uma meta. O que hoje se percebe e compreende por aceleração é, na realidade, uma veloz elevação da entropia, que faz as coisas entrarem em um torvelinho de agitação e proliferação, gerando, assim, uma massa de saturação e sufocação.

A instituição de desempenho alcança sua eficiência máxima quando a excessiva

atividade associa-se à construção de imagem. O que deriva dessa combinação é uma perversão das finalidades constitucionais e legais do Ministério Público. Hiperatividade e construção de imagem interpenetram-se e tornam-se indistinguíveis. E na esteira dessa indistinguibilidade há um desvio substancial da resolutividade.

8- BOAS PRÁTICAS RESOLUTIVAS NA DEFESA COLETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As estratégias são traçadas para cada movimento a ser feito pelo Ministério Público. Diante de fatos sociais cambiantes e proteiformes, não é inteligente adotar uma única estratégia. Uma estratégia que tenha funcionado muito bem previamente se mostra, de uma hora para outra, como um tiro que saiu pela culatra (Bostrom, 2018, p. 224-225). Chama-se isso de *curva traiçoeira*.

Para evitar eventuais “curvas traiçoeiras”, algumas boas práticas resolutivas devem ser observadas para colher os melhores ventos na jornada:

- 1- Delimitação do objeto e dos objetivos, o mais cedo possível;
- 2- Identificação do grupo e dos beneficiários;
- 3- Identificação precoce dos fatos mais relevantes e do direito aplicável;
- 4- Uso de dados estatísticos para fortalecer o planejamento, otimizar os limitados recursos disponíveis e forjar políticas institucionais adequadas.

Alguns instrumentos e técnicas podem ser usados na defesa difusa dos direitos fundamentais, potencializando a atuação resolutiva:

- a- Compromisso de ajustamento de conduta (extrajudicial e judicial);
- b- Acordo de não persecução cível;
- c- Mediação;

d- Conciliação;

e- Negociação direta;

f- Práticas restaurativas etc.

Há no cenário jurídico brasileiro, a partir do art. 3, §3º., do Código de Processo Civil, um estímulo geral para as mais diversas formas de solução consensual dos conflitos, numa espécie expansiva de “justiça multiportas” e concretização do comando constitucional inserto no art. 4, VII. E especialmente em relação ao Ministério Público há o comando constitucional do inciso II, do art. 129, que confere à instituição todas as “medidas necessárias” para garantir o efetivo respeito dos poderes públicos aos direitos fundamentais previstos na Lei Fundamental. Esta norma indica um filão expansivo de efetividade a ser explorado pelo Ministério Público em prol da realização e da concreção de suas finalidades constitucionais.

9- COMO O ESFORÇO RESOLUTIVO PODE SER SABOTADO

O modelo resolutivo aplica-se em todos os ângulos de atuação do Ministério Público. Logo, os mecanismos aferidores devem ser aptos a valorar os atos resolutivos onde quer que se apresentem, e não apenas nos espaços mais evidentes: “atuação extrajudicial e efetivação de provimentos judiciais”. Há um terceiro espaço (ou esfera) aberto à atuação do MP: o espaço das “atuações não procedimentais” ou das atuações não paramétricas (incluindo-se aí, por óbvio, as atividades de negociação, mediação, conciliação, convenções processuais, acordo de resultados e práticas restaurativas), aparentemente infensas à medição e à categorização (Rodrigues, 2023b, p. 64). Todavia, se forem obtidos resultados jurídicos úteis e impactos positivos/efetivos nos interesses constitucionalmente atribuídos ao MP, há resolutividade, e, portanto, devem ser desenvolvidos mecanismos normativos para aquilatar a qualidade funcional para todos os efeitos jurídicos (principalmente a valorização profissional), “assegurando-se-lhes o mesmo prestígio assegurado ao volume de trabalho” (art. 8º, I, a, da Recomendação CNMP n. 54/2017 – CNMP, 2017).

Atos não paramétricos se não forem avaliados e quantificados nos relatórios funcionais podem deixar de ser produzidos pelos membros, resultando em grande prejuízo ao perfil resolutivo. Os agentes ministeriais deixarão de participar de atos (reuniões, diálogos, palestras, atendimento ao público etc.) essenciais à efetividade da atuação, mas não quantificáveis. A falta de registros confiáveis pode sabotar o esforço resolutivo.

Os órgãos de controle, de fiscalização e de julgamento da progressão funcional dos membros do Ministério Público precisam desenvolver critérios e mecanismos de identificação e aferição dos resultados alcançados pelos membros, de modo a reconhecer e estimular as atividades carregadas de resolutividade e de impacto sociotransformador. Não sendo criadas ferramentas para aferir a resolutividade ministerial – onde quer que ela se manifeste – ou para visualizar os resultados concretos, ocorre o que já era prenunciado pela Carta de Brasília, nos idos de 2016: as aferições de aspectos meramente formais forçarão “o membro do Ministério Público a se enclausurar em seu gabinete, gerando, com isso, desilusão institucional, desestímulo e perda da criatividade por parte dos seus membros” (CNMP, 2016). Ou seja, a inércia e a falta de criatividade dos órgãos diretivos podem funcionar como elemento sabotador do esforço resolutivo da instituição.

CONCLUSÃO

O Ministério Público foi desenhado e projetado para entregar resultados e cumprir finalidades impostas pelo ordenamento jurídico. Sua vocação é pragmática e teleológica, historicamente voltada a cumprir as promessas constitucionais e garantir a consolidação da democracia de rosto humano, em que os indivíduos são para si mesmos um ponto de partida e de chegada inevitável, sendo ainda mais que números impessoais inseridos em máquinas.

Os problemas enfrentados pelo Ministério Público são problemas abertos, sem uma solução matematicamente formulada, pois forjados pela ascendente complexidade da sociedade moderna. Temos o ordenamento jurídico como centralidade construtiva, mas as situações que se apresentam já não toleram um equacionamento sob um modelo

cartesiano, lógico-formal. A instituição precisa se abrir a outros saberes e experiências; precisa buscar novos interlocutores para sofisticar com estratégias múltiplas suas atuações funcionais, auscultando a academia (suas pesquisas, seus trabalhos, sua narrativa científica etc.) e a sociedade para encontrar, de forma sistêmica, a solução mais efetiva e mais resolutiva.

Não é necessário mais Ministério Público, ocupando todos os espaços como ente tutelar absoluto, agindo como correia de transmissão e demandisticamente, em situações como a microcriminalidade e a mera reação ao crime. Um sistema de justiça demanda um Ministério Público de qualidade, preocupado em entregar à sociedade resultados socialmente relevantes, substancialmente vitais, que se liguem, produtivamente, com os problemas de fundo: segurança pública (violência, criminalidade, tráfico de drogas, de armas, de seres humanos, violações dos direitos humanos etc.), meio ambiente (poluição, desastres naturais, áreas de risco etc.), urbanismo, corrupção, saúde, educação, ordem pública, Estado de Direito, democracia etc.

Com a atuação demandística, como carro-chefe da instituição, tinha-se o postulado de clareza e distinção como critério de segurança jurídica, que encontrava seu ápice na coisa julgada. Dada a resolutividade e seu afastamento do ritualismo processual, é impossível hoje ter uma visão clara e distinta (o cenário tornou-se “quântico”). Entra em cena o vago, o obscuro, o incerto e o imprevisível que afastam o membro ministerial de uma tradicional zona de conforto.

Não há uma modalidade específica, destacável e intrínseca de atuação resolutiva. O modelo não se ombreia com os clássicos perfis de atuação do Ministério Público: demandismo e parecerismo. Pode-se ajuizar uma ação e emitir um parecer em determinado processo, sem perder de vista a resolutividade do movimento funcional. Em qualquer forma de atuação funcional pode ser extraída resolutividade, desde que tudo seja pensado em termos estratégicos, pressupondo estudo, análise e planejamento.

A resolutividade é, antes de tudo, uma nova maneira de pensar a atuação do Ministério Público, não propriamente um perfil puro. Rigorosamente, é preferível falar em *postura resolutiva* que, propriamente, em *perfil resolutivo*. A doutrina busca acomodar fatos novos (tutela jurídica dinâmica com resultados socialmente relevantes e úteis) em evidências antigas (demandismo, parecerismo). Obviamente, que se o membro ministerial

tem o curso do procedimento nas mãos (como nos procedimentos extrajudiciais), armado com as medidas necessárias, terá mais condições de calibrar o andamento e alcançar resolutividade de forma mais ágil e pronta, além de contribuir para um projeto identitário da instituição sobre uma base de integridade e de conformidade.

Uma instituição verdadeiramente meritocrática e de salvaguarda da democracia, vivida com engajamento e lealdade por seus membros, deve esforçar-se para entregar resultados com clareza diante do público-cliente, principalmente se almeja penetrar no universo social com renovada legitimidade. Nesta aspiração de efetividade, a instituição pode conseguir, senão a perfeição, pelo menos tornar-se, continuamente, melhor.

O cenário moderno de Ministério Público, principalmente no exercício defensivo da democracia, não exige um *ethos* guerreiro e combatente, pronto a desafiar céus e terra, mas dialogal, construtor de consensos e, acima de tudo, resolutivo. Aquela lógica adversarial e sartriana de que “les enfer c’est les autres” (o inferno são os outros) não tem muito espaço numa estratégia que busca a cooperação e a solução pacífica dos conflitos. Não há mais espaço, em tal contexto institucional, para heróis da própria história e do próprio destino.

REFERÊNCIAS:

AMANDA Knox. Direção: Brian McGinn e Rod Blackhurst. Produção: Mette Heide e Stephen Robert Morse. **Gênero:** Documentário/Drama/Crime. Estados Unidos: Netflix, 2016. Disponível em: <https://www.netflix.com/search?q=amanda%20knox&jbv=80081155>. Acesso em: 16 jul. 2024.

ANDRONICEANU, A. **Transparency in public administration as a challenge for a good democratic governance**. *Administratie si Management Public*, 36, 2021, pp. 149-164. DOI: 10.24818/amp/2021.36-09.

BOSTROM, Nick. **Superinteligência. Caminhos, perigos e estratégias para um mundo novo**. Tradução de Clemente Gentil Penna e Patrícia Ramos Geremias. Rio de Janeiro: DarkSide Books, 2018.

BREGMAN, Rutger. **Humanidade. Uma história otimista do homem**. Tradução de Claudio Carina. São Paulo: Planeta, 5ª. reimp., 2021.

BUCKLEY, Walter. **A sociologia e a moderna teoria dos sistemas**. Tradução de Octavio Mendes Cajado. São Paulo: Cultrix, 1971.

CNMP – CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Carta de Brasília.** Modernização do controle da atividade extrajudicial pelas Corregedorias do Ministério Público. 7º Congresso Brasileiro de Gestão do CNMP, 22.9.2016. Brasília-DF: Conselho Nacional do Ministério Público, 2016. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Carta_de_Bras%C3%Adlia-2.pdf. Acesso em: 6 jan. 2024.

DEWEY, John. **Reconstruction in Philosophy.** 2012. Disponível em: <https://www.gutenberg.org/cache/epub/40089/pg40089-images.html>. Acesso em: 13.07.2024.

DIMOULIS, Dimitri.; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 7ª. ed., 2020.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e Aplicação das Leis.** Coimbra: Armênio Amado, 4ª ed., 1987.

FREUND, Julien. **¿Qué es la política?** Tradução de Sofia Noël. Buenos Aires: Editorial Struhart, 2003.

FREYER, Hans. **Introducción a la sociología.** Tradução de Felipe Gonzalez Vicen. Madrid: Aguilar, 1973.

HACKER, Friedrich. **Agressividade. A violência no mundo moderno.** Tradução de Maria Emília Ferros Moura. Lisboa: Livraria Bertrand, 2ª. ed., 1981.

HAN, Byung-Chul. **Topologia da violência.** Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis/RJ: Vozes, 1ª. Reimpressão, 2018.

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus. Uma breve história do amanhã.** Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 1ª. ed., 2016.

JOHNSON, Steven. **De onde vêm as boas ideias.** Tradução de Maria Luíza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

KOLAKOWSKI, Leszek. **La presencia del mito.** Tradução de Gerardo Bolado. Madrid: Ediciones Cátedra, 1990.

LEFLAR, Robert A. **The quality of judges.** Indiana Law Journal, vol. 35, n. 3, 1960, pp. 289-305.

LEIBHOLZ, Gerhard. **Conceptos Fundamentales de la Política y de Teoría de la Constitución**. Tradução Cast. Madrid:1964.

LOVELOCK, James. **A vingança de Gaia**. Tradução de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2006.

MARKEY, Howard T. **A need for continuing education in judicial ethics**. Valparaíso University Law Review, Vol. 28, n. 2 [1994], pp. 647-656. Disponível em: <https://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1947&context=vulr>. Acesso em: 19.07.2024.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Os intelectuais, a política e a vida**. In: Dênis de Moraes (org.). **Combates e utopias**. Rio de Janeiro: Record, 2004.

PARISER, Eli. **O filtro invisível. O que a internet está escondendo de você**. Tradução de Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

PINKER, Steven. **O novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo**. Tradução de Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 1ª. ed., 2018.

RODRIGUES, João Gaspar. **Lineamentos sobre a nova dinâmica resolutiva do Ministério Público**. Revista Jurídica ESMP-SP, São Paulo, v. 8, 2015, p. 53-90.

RODRIGUES, João Gaspar. **Ministério Público Resolutivo. O guardião das promessas constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2023a.

RODRIGUES, João Gaspar. **Indicadores de resolutividade no âmbito do Ministério Público**. Revista da Escola Superior do Ministério Público da União (RESMPU), Brasília, v. 1, n. 1, jan/jun 2023b, pp. 45-68.

RODRIGUES, João Gaspar. **Ministério Público Resolutivo e Ativismo Político ou Ideológico**. FORTALEZA-CE: **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, Ano 15, n. 2, jul./dez. 2023c, pp. 261-285. (Disponível em: <https://revistaacademica.mpce.mp.br/revista/article/view/305/216>. Acesso em: 18.12.2023).

ROSLING, Hans. **Factfulness. O hábito libertador de só ter opiniões baseadas em fatos**. Tradução de Vitor Paolozzi. Rio de Janeiro: Record, 2ª. ed., 2019.

SINGER, André.; ARAÚJO, Cícero.; BELINELLI, Leonardo. **Estado e democracia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1ª. ed., 2021.

NOVOS HORIZONTES NA RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS PELA PRÁTICA DE CRIMES CIBERNÉTICOS

NEW HORIZONS ON CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL ENTITIES ON CYBERCRIMES

Rafael de Oliveira Costa

Professor Visitante na Universidade da Califórnia-Berkeley. Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. Professor na Escola Superior do Ministério Público, na Universidade Anhanguera e em cursos preparatórios para concursos.

Bruno Starcke Buzetti

Mestrando em Ciências Jurídicas ("Master of Science in Legal Studies") pela Ambra University (Orlando/FL, EUA). Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci (Indaial/SC, Brasil). Pós-Graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Gama Filho - UGF (Rio de Janeiro/RJ, Brasil). Analista Jurídico do Ministério Público do Estado de São Paulo.

RESUMO

A partir do aumento de incidência de crimes cibernéticos, os aplicadores do direito passaram a se questionar acerca da adequada regulamentação legal da matéria. Isso resultou numa forte guinada para a análise da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Nesse contexto, o presente trabalho tem como objetivo apresentar propostas para que o Brasil seja capaz de cumprir o compromisso assumido, interna e internacionalmente, de assegurar que as pessoas jurídicas sejam responsabilizadas penalmente pela prática de crimes cibernéticos, atentando para os requisitos de criminalização, as penas cabíveis, as medidas cautelares e o ressarcimento das vítimas. Ao final, a pesquisa conclui pela necessidade de fixação de um novo marco legal sobre os crimes cibernéticos.

Palavras-chave: Crimes Cibernéticos; Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica; Convenção de Budapeste sobre o Crime Cibernético.

ABSTRACT

In light of the rising incidence of cybercrimes, legal scholars have begun to question the adequacy of current legal frameworks. This has led to a significant shift towards analyzing the criminal liability of legal entities. In this context, this study aims to present proposals for Brazil to fulfill its internal and international commitments to ensure that legal entities are held criminally liable for cybercrimes. The study focuses on the requirements for criminalization, penalties, preventive measures, and victim compensation. Ultimately, the research concludes that a new legal framework for cybercrimes is necessary.

Keywords: Cybercrimes; Criminal Liability of Legal Entities; Budapest Convention on Cybercrime.

1. INTRODUÇÃO

De acordo com o *Internet Crime Report 2021* do FBI (*Federal Bureau of Investigation*), no ano de 2021, os Estados Unidos da América passaram por um aumento sem precedentes de ataques cibernéticos e atividade cibernética maliciosa. Apenas naquele ano, o *Internet Crime Center* (IC3) do FBI recebeu 847.376 reclamações, o que representa um aumento de 7%, em relação ao ano anterior, com potenciais perdas excedendo a quantia de 6,9 bilhões de dólares (USA, 2021, p. 3). No ano seguinte, houve ainda um acréscimo substancial nesse número, ultrapassando a valor de 10,2 bilhões de dólares – vide *Internet Crime Report 2022*. (USA, 2022, p. 3)

Dentre os incidentes mais reportados estão: *ransomware* (um tipo de *software* malicioso projetado para bloquear o acesso a um sistema de computador até que um “resgate” em dinheiro - normalmente em criptomoedas - seja pago), *business e-mail compromise schemes* (golpes visando empresas que trabalham com fornecedores e/ou empresas estrangeiras que realizam regularmente pagamentos por transferência eletrônica), o uso criminoso de criptoativos (*bitcoin, litecoin, potcoin, etc.*), além das famigeradas práticas conhecidas como *phishing/vishing/smishing/pharming* (uso de e-mail não solicitado, mensagens de texto, chamadas telefônicas e sites falsos, supostamente de uma empresa legítima, solicitando dados pessoais, financeiros ou de *login*, para aplicação de golpes) (USA, 2021, p. 8). Isso sem falar no aumento substancial da prática de crimes comuns, como extorsão, estelionato, calúnia, difamação, injúria e racismo, em ambiente cibernético (USA, 2022, p. 11-16).

O Brasil está entre os nove países com mais vítimas de cibercrimes reportados

no mundo, no ano de 2022, são eles: 1º. Estado Unidos da América (479.181 vítimas); 2º. Reino Unido (284.291 vítimas); 3º. Canadá (5.517 vítimas); 4º. Índia (2.550 vítimas); 5º. Austrália (2.489 vítimas); 6º. França (2.061 vítimas); 7º. África do Sul (1.929 vítimas); 8º. Alemanha (1.494 vítimas); e 9º. Brasil (1.181 vítimas) (USA, 2022, p. 19).

Os crimes cibernéticos não respeitam fronteiras e adotam técnicas cada vez mais complexas, o que dificulta sobremaneira as atividades de fiscalização, prevenção e repressão, cujo sucesso carece de uma intensa rede de cooperação internacional, com compartilhamento de informação e tecnologia, além de uma legislação anticrimes cibernéticos uniforme e eficaz.

Nesse sentido, o Conselho da Europa aprovou, no dia 23 de novembro de 2001, na cidade de Budapeste, Hungria, a Convenção sobre o Crime Cibernético, que entrou em vigor no dia 1º de julho 2004, e conta com a adesão também de países de fora do bloco europeu, como Estados Unidos, Chile, Argentina, Costa Rica, República Dominicana e, enfim, Brasil, que ratificou a Convenção, por meio do Decreto Legislativo nº 37, no dia 21 de dezembro de 2021 (BRASIL, 2021), e internalizou-a em seu ordenamento jurídico, no dia 12 de abril de 2023, pelo Decreto nº 11.491. (BRASIL, 2023)

Reconhecendo “a necessidade de um sistema de cooperação internacional imediato e eficiente, que considere devidamente as necessidades específicas da luta contra o crime cibernético” (BRASIL, 2023), a Convenção de Budapeste previu medidas a serem adotadas a nível nacional pelos Estados Partes, no âmbito do Direito Penal Material e do Direito Processual Penal, bem como de Cooperação Internacional.

Dentre as medidas a serem adotadas a nível nacional, no âmbito do Direito Penal Material, a Convenção prevê, em seu artigo 12, a responsabilização penal das pessoas jurídicas¹.

No escólio do saudoso jurista Eládio Lecey, “a complexidade dos interesses em

¹ *In verbis*: “Cada Parte adotará medidas legislativas e outras providências necessárias para assegurar que pessoas jurídicas possam ser consideradas penalmente responsáveis por crimes tipificados de acordo com esta Convenção, quando cometidos em seu benefício por uma pessoa física em posição de direção, que aja individualmente ou como integrante de um órgão da própria pessoa jurídica, com base: a. no poder de representação da pessoa jurídica; b. na autoridade de tomar decisões em nome da pessoa jurídica; c. na autoridade de exercer controle interno na pessoa jurídica.” (BRASIL, 2023)

jogo na estrutura das pessoas jurídicas pode levar à irresponsabilidade organizada dos indivíduos” (2002, p. 45). Aliás, a “diluição da responsabilidade não raro é buscada deliberadamente, com a utilização de mecanismos colegiados de decisão” (2002, p. 45). O combate eficaz à criminalidade cibernética exige, portanto, que a responsabilidade penal alcance as pessoas jurídicas e não se mantenha restrita às pessoas físicas.

A questão da responsabilização penal das pessoas jurídicas, todavia, não é isenta de polêmica. Alguns países, como os Estados Unidos², o Reino Unido³, a França⁴ e Portugal⁵, há um bom tempo a admitem. Entretanto, outros, como a Alemanha, não a aceitam.

No Brasil, a jurisprudência dos tribunais superiores evoluiu, no sentido de admitir a possibilidade de se responsabilizar penalmente pessoas jurídicas por delitos ambientais; contudo, no tocante aos crimes cibernéticos, a discussão continua aberta.

Seria, então, o Brasil capaz de cumprir o compromisso assumido, interna e internacionalmente, de assegurar que as pessoas jurídicas sejam responsabilizadas penalmente pela prática de crimes cibernéticos?

Para responder à questão posta, analisar-se-á a temática em cinco etapas: (1) conceito de crime cibernético; (2) constitucionalidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica no contexto dos crimes cibernéticos; (3) requisitos de criminalização; (4) penas cabíveis; (5) medidas cautelares e ressarcimento das vítimas. Ao final, apresentar-se-á um esboço de como a matéria poderia ser legalmente regulamentada no Brasil.

² Ver: USA. New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States, 212 U.S. 481. U.S. Supreme Court. Washington/DC: Justia U.S. Supreme Court. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/212/481/>. Acesso em: 3 de julho de 2024.

³ Ver: UK. The Queen against The Birmingham and Gloucester Railway Company. English Reports Citation: 114 E.R. 21, 1º de jan. de 1842. Disponível em: <https://vlex.co.uk/vid/the-queen-against-the-803443733>. Acesso em: 3 de julho de 2024.

⁴ Ver: artigo 121-2 do Código Penal francês. Disponível em <https://irp.cdn-website.com/f6e36b8e/files/uploaded/CP%20franc%C3%AAs%20%28em%20espanhol%29.pdf>. Acessado em 14 de janeiro de 2024.

⁵ Ver: Lei nº 109, de 15 de setembro de 2009 (Lei do Cibercrime). Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/109-2009-489693>. Acessado em 14 de janeiro de 2024.

2. CONCEITO DE CRIME CIBERNÉTICO

O primeiro desafio a ser superado é o de desenvolver um conceito adequado de crime cibernético, uma vez que tanto o ordenamento jurídico brasileiro, quanto a Convenção de Budapeste, são silentes a respeito. Os especialistas na área ainda abordam a temática sob enfoques pontualmente distintos e adotam nomenclaturas bastante diversas, tais como: “crime virtual”, “e-crime”, “crime digital”, “crime on-line”, “tecnocrime” e “crime na rede” (Phillips et. al., 2022, p. 3). No Brasil, destacam-se ainda os termos “delito informático”⁶ e “delito telemático”⁷. Não bastasse, a Convenção de Budapeste, em seu preâmbulo, utiliza os termos “crime cibernético”, “crime informático” e “crime eletrônico” indistintamente.

Historicamente, o termo “cibernética” (*cybernetics*) foi cunhado pelo matemático Norbet Wiener, no ano de 1948, para designar o estudo científico do controle e da comunicação nos animais e nas máquinas, sob a ideia fundamental de que certas funções de controle e de processamento de informações semelhantes em máquinas e seres vivos são equivalentes e redutíveis aos mesmos modelos e mesmas leis matemáticas (Kim, 2004, p. 200). Anos mais tarde, a partir da década de 1980, o termo “cibernético” (*cyber*) passou a ser utilizado como sinônimo de algo relacionado a computadores e à internet (Phillips et. al., 2022, 381), notadamente à relação entre humanos e as tecnologias da informação (Schimitt, 2013, p. 258).

Nesse contexto, surge o termo “ciberespaço” (“espaço cibernético”), cuja paternidade é atribuída ao romancista Willian Gibson, que, em sua visionária obra de ficção científica intitulada *Neuromancer*, publicada no ano de 1984⁸, o descreve como:

⁶ O professor Spencer Toth Sydow, no livro intitulado *Curso de Direito Penal Informático*, definiu o delito informático como “a conduta típica, antijurídica e culpável cometida através de recursos informáticos contra bens jurídicos comuns e/ou cometida em face de bem jurídico informático, atingindo ou buscando atingir a esfera da segurança informática em seus elementos confidencialidade, integridade e disponibilidade.” (2022, p. 272)

⁷ O professor Augusto Eduardo de Souza Rossini, na obra *Informática, telemática e direito penal*, classifica o delito telemático como espécie do delito informático, salientando que aquele deve ser praticado necessariamente em ambiente de rede, enquanto este pode ser executado tanto em ambiente de rede quanto fora dele. (2004, p. 110)

⁸ Mais precisamente, o termo “ciberespaço” foi concebido pelo autor no ano de 1982, em uma publicação da revista *Omni*. Entretanto, o termo viria a ganhar popularidade dois anos mais tarde, com a publicação de *Neuromancer*. (BUSSELL, 2013)

“Uma alucinação consensual vivida diariamente por bilhões (...). Uma representação gráfica dos dados abstraídos dos bancos de dados de cada computador no sistema humano” (Gibson, 1984, p. 51). O romance influenciou usuários e criadores de redes de computador, consagrando o termo também no mundo concreto, não ficcional.

O filósofo e sociólogo francês Pierre Lévy, em sua obra *Cibercultura*, define ciberespaço como o “espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores” (1999, p. 92), estas entendidas como “suportes de gravação e leitura automática de informações” (1999, p. 34), salientando que o ciberespaço é *povoado* por seres humanos, informações, materiais (*hardware*) e programas (*software*), que “interpretam dados, agem sobre informações, transformam outros programas, fazem funcionar computadores e redes, acionam máquinas físicas, viajam, reproduzem-se etc.” (1999, p. 41).

Mais recentemente, o Centro Nacional de Cibersegurança de Portugal publicou o que entende por ciberespaço, definindo-o como um “ambiente complexo, de valores e interesses, materializado numa área de responsabilidade coletiva, que resulta da interação entre pessoas, redes e sistemas de informação” (CNCS, 2022).

Em verdade, não há um conceito fechado acerca do que vem a ser o ciberespaço, notadamente em razão da constante evolução tecnológica e cultural que lhe é inerente. Contudo, é possível afirmar que ele está inserido em um amplo e complexo contexto, composto por dados (*data*), dispositivos e sistemas informáticos, redes de dispositivos interconectados e, mais importante, seres humanos, cuja tutela jurídica não pode ser negligenciada.

Inerente a esse contexto há o conceito de “cibersegurança” (“segurança cibernética”), designando o conjunto de medidas e ações de “prevenção, monitorização, detecção, reação, análise e correção que visam manter o estado de segurança desejado e garantir a confidencialidade⁹, integridade¹⁰ e disponibilidade¹¹ da informação, das redes

⁹ Confidencialidade é a “propriedade pela qual se assegura que a informação não esteja disponível ou não seja revelada a pessoa, a sistema, a órgão ou a entidade não autorizados nem credenciados.” (SYDOW, 2022, p. 817)

¹⁰ Integridade é a “qualidade da informação não modificada em seu conteúdo, forma, quanto à origem, trânsito e destino.” (SYDOW, 2022, p. 827)

¹¹ Disponibilidade é a “propriedade pela qual se assegura que a informação esteja acessível e utilizável sob demanda por uma pessoa física ou determinado sistema, órgão ou entidade devidamente autorizados.” (SYDOW, 2022, p. 821)

digitais e dos sistemas de informação no ciberespaço, e das pessoas que nele interagem” (CNCS, 2022). O termo “crime cibernético”, enfim, surge em um contexto extrajurídico, para designar condutas contrárias à segurança cibernética desejada, bem como a prática de crimes comuns mediante o uso de recursos cibernéticos, inclusive nas hipóteses de utilização de inteligência artificial.

Assim, “Convencidos da necessidade de buscar prioritariamente uma política criminal comum destinada à proteção da sociedade contra o crime cibernético” (Brasil, 2023), os Estados membros do Conselho da Europa e demais Partes elaboraram a Convenção de Budapeste, com o fim de “impedir ações conduzidas contra a confidencialidade, a integridade e a disponibilidade de sistemas informáticos¹², redes e dados de computador¹³, bem como para impedir o abuso de tais sistemas, redes e dados” (Brasil, 2023).

Como exposto anteriormente, a Convenção de Budapeste não trouxe um conceito de crime cibernético, preferindo definir alguns de seus elementos e listar condutas cibernéticas entendidas como criminosas (sem a pretensão de exauri-las). Entretanto, ao fazê-lo, ela acabou por fixar parâmetros relevantes.

Em primeiro lugar, seu artigo 1º define o que entende por sistema informático (ou sistema de computador)¹⁴ e dados informáticos (ou dados de computador)¹⁵, termos que irão ocupar o centro de todas as figuras a serem tipificadas como crime cibernético, na forma da Convenção. Sistema informático (ou sistema de computador) é conceituado como “qualquer dispositivo isolado ou conjunto de dispositivos interconectados ou

¹² A depender da versão (a Convenção possui duas versões originais, uma no idioma inglês e outra no francês), este termo pode aparecer como “sistemas informáticos” ou “sistemas de computador”. A versão oficial em inglês utiliza o termo *computer systems* (“sistemas de computador”). Já a versão francesa utiliza o termo *systèmes informatiques* (“sistemas informáticos”). A tradução de Portugal, por exemplo, tem por base a versão francesa e utiliza o termo “sistemas informáticos” ao longo de todo o texto da Convenção. Curiosamente, a tradução brasileira mistura as duas fontes. No preâmbulo, como visto, utiliza o termo “sistemas informáticos” (da fonte francesa). No restante do texto, contudo, utiliza o termo “sistemas de computador” (da fonte em inglês). Imperioso que se compreenda, portanto, que ambos os termos, no contexto da Convenção de Budapeste, designam a mesma ideia.

¹³ A depender da versão, este termo pode aparecer como “dados informáticos” ou “dados de computador”. A versão oficial em idioma inglês utiliza o termo *computer data* (“dados de computador”), enquanto a versão em idioma francês utiliza o termo *données informatiques* (“dados informáticos”). A tradução brasileira, nesse caso, optou exclusivamente pela fonte em idioma inglês, razão por que utiliza o termo “dados de computador”. Frise-se, mais uma vez, que, no contexto da Convenção, ambos os termos designam a mesma ideia.

¹⁴ Ver nota 12.

¹⁵ Ver nota 13.

relacionados, que assegure, isoladamente ou em conjunto, pela execução de um programa, o tratamento (ou processamento) automatizado de dados” (Coe, 2001b, p. 3)¹⁶, estes entendidos como “qualquer representação de fatos, de informações ou de conceitos sob uma forma suscetível de tratamento (ou processamento) num sistema informático (ou de computador), incluindo um programa apto a fazer um sistema informático (ou de computador) executar uma função” (Coe, 2001b, p. 3)¹⁷.

Portanto, o conceito de sistema informático abrange desde um único dispositivo isolado, capaz de assegurar, pela execução de um programa, o tratamento¹⁸ automatizado de dados, até o mais complexo conjunto de dispositivos interconectados, como é o caso da rede mundial de computadores (ou internet). Aliás, no ano de 2023, o Conselho da Europa publicou o *Relatório explicativo à Convenção sobre o Cibercrime*, enfatizando que o sistema informático “é um equipamento composto por *hardware* e *software* desenvolvido para o tratamento automático de dados” (Coe, 2023, p. 45), podendo incluir “dispositivos de entrada, saída e armazenamento” (Coe, 2023, p. 45) e “funcionar independentemente ou estar ligado em rede com outros dispositivos semelhantes” (Coe, 2023, p. 45).

A abrangência do conceito de sistema informático está diretamente relacionada com a extensão do âmbito de incidência dos crimes cibernéticos. A título de exemplo, de acordo com o artigo 2º, primeira parte, da Convenção, caracteriza crime cibernético “o acesso doloso e não autorizado à totalidade de um sistema informático ou a parte dele” (Coe, 2001b, p. 3). Em outras palavras, o acesso doloso e não autorizado a um único dispositivo (que seja capaz de assegurar, pela execução de um programa, o tratamento automatizado de dados) já configura crime cibernético. Não é necessário, portanto, que haja um conjunto de dispositivos interconectados em rede (apesar de isso também ser possível) para que se caracterize o crime cibernético. O mesmo raciocínio é perfeitamente

¹⁶ Como visto nas notas 12 e 13, a Convenção de Budapeste possui duas versões originais, uma em idioma inglês e outra em francês, sendo que a versão em inglês utiliza os termos “sistema de computador”, “dados de computador” e “processamento automático de dados”, enquanto a versão em francês utiliza, para as mesmas ideias, os termos “sistema informático”, “dados informáticos” e “tratamento automatizado de dados”, respectivamente. Optamos, assim, por dar preferência aos termos da versão em francês (mencionando os termos da versão em inglês entre parênteses), porque são mais condizentes com aqueles utilizados pela legislação brasileira.

¹⁷ Ver nota 16.

¹⁸ Em uma análise sistemática da Convenção de Budapeste, é possível concluir que o termo “tratamento” é empregado de forma ampla, para designar tanto o processamento, quanto a transmissão e o armazenamento de dados.

aplicável às demais figuras previstas na Convenção, uma vez que possuem como elemento central o sistema informático. Em síntese, os crimes cibernéticos não se restringem a infrações penais praticadas na internet ou mesmo em redes menores; ao contrário, eles abrangem todo espectro de infrações penais praticadas por meio de sistemas informáticos (dispositivos físicos (*hardware*), conectados ou não em rede, capazes de assegurar, pela execução de um programa (*software*), o tratamento automatizado de dados, como computadores de mesa (*desktop*), notebooks, smartphones, tablets, drives externos, pen-drives etc.).

Ademais, o crime cibernético (apesar do termo “crime”) tem natureza de infração penal, abrangendo crimes e contravenções penais. É o que se depreende da versão original da Convenção, redigida em francês¹⁹, que, ao longo de todos os artigos da seção sobre direito penal material, utiliza o termo “infração penal” (*infraction pénale*) ao invés de “crime” (Coe, 2001b, pp. 3-7). Aliás, como dito anteriormente, a expressão “crime cibernético” é fruto de um contexto originalmente extrajurídico, não havendo qualquer indício de que o termo “crime” tenha sido empregado com o intuito de excluir as contravenções penais de seu âmbito de incidência.

Pode-se, enfim, conceituar o crime cibernético, à luz da Convenção de Budapeste, como *qualquer infração penal praticada por meio de sistema informático, conectado ou não em rede, ou contra a segurança cibernética, notadamente com afronta à confidencialidade, integridade e disponibilidade de sistemas, redes e/ou dados informáticos*. Trata-se, portanto, de conceito compatível com os tipos penais congêneres previstos na legislação brasileira.

Com efeito, o crime de intimidação sistemática virtual (*cyberbullying*), previsto no artigo 146-A, parágrafo único, do Código Penal, consiste na intimidação sistemática “realizada por meio de rede de computadores, de rede social, de aplicativos, de jogos on-line ou por qualquer outro meio ou ambiente digital, ou transmitida em tempo real” (Brasil, 1940). Trata-se, portanto, de infração penal praticada por meio de sistema

¹⁹ Sempre que há conflito significativo entre as versões originais (em inglês e francês) e a tradução brasileira, optamos por privilegiar as versões originais, uma vez que são essas que efetivamente vinculam os signatários, inclusive o Brasil. No caso, entendemos mais pertinente a versão original em francês, uma vez que os termos jurídicos empregados são mais próximos aos adotados no Brasil. De qualquer sorte, o termo *criminal offences*, do original em inglês, é amplo a ponto de abranger o que adotamos como contravenção penal no Brasil.

informático.

O crime de invasão de dispositivo informático, previsto no artigo 154-A do Código Penal, consiste em “Invadir dispositivo informático de uso alheio, conectado ou não à rede de computadores, com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do usuário do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita”. Trata-se, dessa forma, de infração penal praticada contra a segurança cibernética, com afronta à confidencialidade, integridade e disponibilidade de sistemas, redes e/ou dados informáticos.

O crime de furto mediante fraude, previsto no artigo 155, §4º-B, do Código Penal, “cometido por meio de dispositivo eletrônico ou informático, conectado ou não à rede de computadores, com ou sem violação de mecanismo de segurança ou a utilização de programa malicioso, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo” é infração penal praticada por meio de sistema informático.

O crime de fraude eletrônica, previsto no artigo 171, § 2º-A, do Código Penal, “cometida com a utilização de informações fornecidas pela vítima ou por terceiro induzido a erro por meio de redes sociais, contatos telefônicos ou envio de correio eletrônico fraudulento, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo” também é infração penal praticada por meio de sistema informático.

Como último exemplo, a contravenção penal de jogo de azar pela internet, prevista no artigo 50, § 2º, da Lei das Contravenções Penais, trata-se igualmente de infração penal praticada por meio de sistema informático.

Finalmente, imperioso observar que a Convenção de Budapeste (em seu artigo 6º) equipara a crime cibernético condutas antecedentes de possuir ou, de qualquer forma, disponibilizar os meios (dispositivo, programa informático (ou de computador), senha, código de acesso ou dados similares) para a consecução dos crimes cibernéticos listados. Aliás, o Código Penal também o faz, de forma semelhante, em relação ao crime de invasão de dispositivo informático (em seu artigo 154-A, § 1º).

Assim, incorporando-se ao conceito em tela as condutas antecedentes supracitadas, temos como crime cibernético *qualquer infração penal praticada por meio de sistema informático, conectado ou não em rede; ou contra a segurança cibernética,*

notadamente com afronta à confidencialidade, integridade e disponibilidade de sistemas, redes e/ou dados informáticos; ou mediante a posse ou disponibilização dos meios para tais fins.

3. CONSTITUCIONALIDADE DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO CONTEXTO DOS CRIMES CIBERNÉTICOS

Compreendido o amplo contexto dos crimes cibernéticos, passemos à análise da responsabilidade penal das pessoas jurídicas que, nesse contexto, praticam infrações penais, iniciando-se pela análise de sua compatibilidade com o sistema constitucional vigente no Brasil.

Seguindo o adágio *societas delinquere non potest*, parcela da doutrina resiste à responsabilização penal da pessoa jurídica. Nesse sentido, Jescheck sustenta que:

[...] as pessoas jurídicas e as associações sem personalidade somente podem atuar através de seus órgãos, razão pela qual elas próprias não podem ser punidas. Frente a elas carece, ademais, de sentido a desaprovação ético-social inerente à pena, visto que a reprovação de culpabilidade somente pode ser formulada a pessoas individualmente responsáveis, e não perante membros de uma sociedade que não participaram do fato nem perante a uma massa patrimonial. (1993, p. 300)

Para os defensores desta corrente, a capacidade de ação e a culpabilidade exigem a presença de uma vontade, que não existiria no ente moral. (Conde; Arán, 2010, p. 631)

De outro modo, as Cortes inglesas reconhecem, desde o século XIX, a possibilidade de responsabilização criminal das pessoas jurídicas.²⁰

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte já decidiu que:

Embora o direito deva ter em conta os direitos de todos, e os das empresas não menos do que os dos indivíduos, ele não pode fechar os seus olhos para o fato de que a grande maioria das atividades econômicas nos tempos modernos é conduzida por empresas, de que particularmente todo o comércio entre os

²⁰ Ver: UK. The Queen against The Birmingham and Gloucester Railway Company. English Reports Citation: 114 E.R. 21, 1º de jan. de 1842. Disponível em <https://vlex.co.uk/vid/the-queen-against-the-803443733>. Acesso em: 3 de julho de 2024.

Estados está inteiramente em suas mãos, e de que conceder a elas imunidade de qualquer punição, em decorrência da velha e explodida doutrina de que uma empresa não pode delinquir, iria tornar indisponíveis os únicos meios de efetivamente regular a matéria e de corrigir os abusos praticados. (tradução livre) (USA, 1909)

Aliás, nas palavras do professor Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha, “é inegável que a tendência atual do Direito mundial é no sentido de admitir a utilização do Direito Penal contra a pessoa jurídica, nos crimes socialmente mais importantes.” (2023, p. 5)

O tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica, no Direito brasileiro, ganhou relevância com o advento da Constituição Federal de 1988, que prevê expressamente, em seu artigo 225, § 3º, que as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais. Ademais, a mesma Constituição, em seu artigo 173, § 5º, elencou como hipóteses passíveis de responsabilização da pessoa jurídica a prática de atos contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. (Brasil, 1988)²¹

Entretanto, foi com a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, sobre sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas foi efetivamente regulamentada, notadamente nos artigos 3º, 21, 22, 23 e 24.

Ironicamente, parte da doutrina brasileira defendeu a inconstitucionalidade (e até mesmo a incoerência) da responsabilidade penal da pessoa jurídica, sob os seguintes argumentos: (1) as pessoas jurídicas não possuem capacidade para a prática de ações de relevância penal; (2) elas não são culpáveis; (3) também não podem sofrer sanções penais;

²¹ Sob essa perspectiva, as professoras Ana Maria Lumi Kamimura Murata e Paula Ritzmann Torres advogam a constitucionalidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica no contexto dos crimes cibernéticos, especificamente quando estes atingem aqueles bens jurídicos listados expressamente nos artigos 173, § 5º, e 225, § 3º, da Constituição Federal, ou seja, a ordem financeira e econômica, a economia popular e o meio ambiente. *In verbis*: “há previsão na Constituição de 1988 da responsabilidade penal da pessoa jurídica. O art. 173, § 5º, da CR, prevê a responsabilidade da pessoa jurídica, ‘sujeitando-as às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular’. Já no art. 225, § 3º: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados’. Expressamente, o texto constitucional enumera bens jurídicos a possibilitar a responsabilização penal do ente coletivo. Como o que qualifica os delitos como cibernéticos não é o bem jurídico, é possível vislumbrar condutas que se enquadram nas hipóteses listadas, para essa forma de responsabilidade constante do decreto.” (Murata; Torres, 2023, p. 15)

e (4) há ofensa ao princípio constitucional que preceitua que nenhuma pena passará da pessoa do condenado.

Esses argumentos, todavia, foram superados pela jurisprudência brasileira, notadamente a partir do julgamento do Recurso Especial nº 564.960/SC (*leading case*), no dia 13 de junho de 2005, sob os seguintes fundamentos: (1) “Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico brasileiro e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal”; (2) “A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito”; (3) “A Lei Ambiental previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multas, de prestação de serviços à comunidade, restritivas de direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica, todas adaptadas à sua natureza jurídica”; e (4) “Não há ofensa ao princípio constitucional de que ‘nenhuma pena passará da pessoa do condenado...’, pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas: uma física – que de qualquer forma contribui para a prática do delito – e uma jurídica, cada a qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva” (Brasil, 2005).

O Supremo Tribunal Federal foi além ao reconhecer a constitucionalidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica e superar a “teoria da dupla imputação” (até então dominante na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça), assentando, no Recurso Extraordinário nº 548.181/PR (*leading case*), julgado no dia 6 de agosto de 2013, que o “art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa” (BRASIL, 2013, p. 1), ou seja, que a “norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação” (Brasil, 2013, p. 1).

Não há dúvida, portanto, que a jurisprudência brasileira entende constitucional a responsabilidade penal da pessoa jurídica no contexto dos crimes ambientais. Entretanto, o mesmo raciocínio seria extensível aos demais crimes, notadamente aos crimes cibernéticos? Em outras palavras, a previsão constitucional de que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão as pessoas jurídicas a sanções penais (artigo 225, § 3º) deve ser interpretada como uma restrição constitucional (“reserva de Constituição”), com o fim de restringir a responsabilidade penal das pessoas jurídicas

apenas a crimes ambientais; ou, em sentido oposto, deve ser entendida como um mandado de criminalização da pessoa jurídica em relação a condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, deixando ao legislador infraconstitucional a liberdade de definir os demais casos de responsabilidade penal das pessoas jurídicas?

A lógica diz que a resposta só pode ser sim, ou seja, que o mesmo raciocínio é extensível aos demais crimes, notadamente aos crimes cibernéticos, e que a previsão constitucional supracitada deve ser interpretada como um mandado de criminalização da pessoa jurídica em relação a condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, deixando ao legislador infraconstitucional a liberdade de definir os demais casos de responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Não por outra razão, a então Ministra do Supremo Tribunal Federal Rosa Weber, relatora do Recurso Extraordinário supracitado, ao analisar a questão da responsabilização penal da pessoa jurídica, asseverou expressamente que “não há reserva de Constituição para a criminalização de condutas, nem para a definição de quem possa ser sujeito ativo da prática de crimes” (Brasil, 2013, p. 36), cabendo ao legislador “o juízo de conveniência e oportunidade quanto à consagração do instituto” (Brasil, 2013, p. 36).

Com efeito, quando a Constituição Federal fixa os limites constitucionais à aplicação do Direito Penal e Processual Penal, notadamente em seu artigo 5º, incisos XXXVIII a LXVIII, ela não fixa qualquer limite à responsabilização penal das pessoas jurídicas. Muito pelo contrário, como visto, o artigo 225, § 3º, da Constituição Federal, claramente exorta o legislador infraconstitucional a responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas por condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, sem fazer qualquer referência que pudesse ser entendida como restrição à responsabilização penal das pessoas jurídicas pela prática de outros crimes.

Não por outra razão, os professores Guilherme José Purvin de Figueiredo e Solange Teles da Silva, há mais de 25 anos, já afirmavam que “A responsabilidade penal da pessoa jurídica é possível, está plenamente amparada pela Constituição da República Federativa do Brasil e constitui um avanço inegável na evolução do Direito Penal.” (Figueiredo; Silva, 1998, p. 57).

Importante ainda destacar que o Supremo Tribunal Federal, analisando a questão relativa à responsabilidade das pessoas jurídicas, de modo geral, fez questão de asseverar

expressamente que as “organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta” (Brasil, 2013, p. 1) e que em “não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual” (Brasil, 2013, p. 2).

Essas observações, frise-se, são extremamente pertinentes à realidade dos crimes cibernéticos, que, como destacado na introdução deste artigo, estão em franca expansão, não respeitam fronteiras e são a cada dia mais elaborados, de modo a dificultar sobremaneira as atividades de fiscalização, prevenção e repressão. Não por outra razão, a Convenção de Budapeste sobre o Crime Cibernético exorta os Estados Partes a adotarem medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para assegurar que as pessoas jurídicas possam ser consideradas responsáveis por infrações cibernéticas.

Nesse ponto, o professor Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha, observa que o “debate doutrinário que inicialmente centrou atenções sobre a possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas evoluiu para enfrentar a questão relativa a como realizar adequadamente tal responsabilização.” (2023, p. 5)

Com efeito, os novos riscos na sociedade pós-moderna acarretam uma crise no Direito Penal. Essa crise leva a uma ruptura no paradigma vigente, promovendo novas reflexões e novos rumos no combate aos delitos, tornando-se indispensável uma leitura constitucional do Direito Penal. Assim, ainda que o Direito Penal clássico não tenha estabelecido os critérios de responsabilização da pessoa jurídica, isso não pode implicar no esvaziamento de enunciados constitucionais supracitados. Assim, com o intuito de impedir que a pessoa jurídica obtenha vantagens advindas da prática de condutas típicas e fomentar que os órgãos de direção atuem de modo a afastar a prática de delitos, a adequada exegese dos enunciados constitucionais só pode ser aquela que confere à Constituição a máxima força normativa e efetividade.

Conclui-se, inexoravelmente, que o instituto da responsabilidade penal da pessoa

jurídica²², na forma como preconizada pelo artigo 12 da Convenção de Budapeste sobre o Crime Cibernético, além de constitucional, é essencial no combate ao crescente avanço da criminalidade cibernética no Brasil e no mundo.²³

4. REQUISITOS DE CRIMINALIZAÇÃO

Ultrapassada a etapa de análise da constitucionalidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica no contexto dos crimes cibernéticos, imperioso analisar os requisitos de criminalização, ou seja, os requisitos que devem ser implementados para que a pessoa jurídica possa ser concretamente responsabilizada pela sua prática.

Em primeiro lugar, a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos cibercrimes deve ser regulamentada por lei federal. Com efeito, nos termos do artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Ademais, por força do artigo 22, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil, compete privativamente à União legislar sobre direito penal.

Frise-se que a única lei brasileira que prevê a responsabilidade penal da pessoa jurídica é a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que, como visto anteriormente, dispõe sobre crimes contra o meio ambiente. Essa, aliás, é a razão de a jurisprudência brasileira ter consolidado a constitucionalidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica no âmbito dos crimes ambientais, sem mencionar expressamente crimes de outras espécies.

A regulamentação da matéria, todavia, não precisa ser prolixa, com a previsão de novos tipos penais, especificamente aplicáveis às pessoas jurídicas, desprezando-se os tipos já existentes e em vigor no Direito Penal brasileiro. Na essência, basta que haja lei

²² Para maior aprofundamento na temática da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, ver: ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 4ª ed. Belo Horizonte/MG: Editora D'Plácido, 2017.

²³ A importância do instituto, aliás, passou a ser ainda mais acentuada no Brasil com o advento da Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022, que ampliou o rol de direitos e deveres individuais, ao acrescentar o inciso LXXIX ao artigo 5º da Constituição Federal, para tornar expreso o direito fundamental à proteção de dados pessoais em meios digitais, *in verbis*: “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.” (BRASIL, 2022)

federal atribuindo responsabilidade penal e penas adequadas às pessoas jurídicas, de forma geral e abstrata, pela prática de infrações penais já existentes e daquelas que virão a existir, desde que enquadráveis nos parâmetros fixados pela própria lei regulamentadora. Aliás, esse foi o caminho escolhido pelo legislador ao regulamentar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, no âmbito da Lei nº 9.605/98, quando, no artigo 3º, atribuiu responsabilidade penal a elas e, nos artigos 21 a 24, fixou-lhes as penas aplicáveis.

A título de exemplo, para que se atribua responsabilidade penal às pessoas jurídicas pela prática de crimes cibernéticos, poder-se-á dispor, em um único artigo de lei, o seguinte: *As pessoas jurídicas serão responsabilizadas penalmente pela prática de crime cibernético – infração penal executada por meio de sistema informático, conectado ou não em rede; ou contra a segurança cibernética, notadamente com afronta à confidencialidade, integridade e disponibilidade de sistemas, redes e/ou dados informáticos; ou mediante a posse ou disponibilização dos meios para tais fins.*

Com efeito, os parâmetros fixados na redação supracitada são suficientes para atribuir responsabilidade penal às pessoas jurídicas pelos crimes cibernéticos já existentes em nossa legislação penal (cf. item 2) e quaisquer outros que venham a surgir posteriormente no contexto da criminalidade cibernética.

Ademais, a Convenção de Budapeste sobre o Crime Cibernético traz requisitos específicos à responsabilização penal das pessoas jurídicas no contexto dos crimes cibernéticos, dentre os quais pode-se destacar: (1) a infração penal deve ser cometida (por ação ou omissão) em benefício da pessoa jurídica, por pessoa física, agindo quer individualmente, quer como membro de um órgão da pessoa jurídica que exerça no seu seio uma posição de direção, com poder de representação, autoridade para tomar decisões em nome dela ou autoridade para exercer controle no seio da pessoa jurídica; (2) essa responsabilidade deve ser determinada sem prejuízo da responsabilidade criminal das pessoas físicas que cometeram a infração. (Brasil, 2023)

Dessa forma, acrescentando-se os requisitos supracitados, a atribuição de responsabilidade penal às pessoas jurídicas, em um único artigo de lei, poderá ser concretizada, nos seguintes termos: *As pessoas jurídicas serão responsabilizadas penalmente pela prática, por ação ou omissão, de crime cibernético – infração penal*

executada por meio de sistema informático, conectado ou não em rede; ou contra a segurança cibernética, notadamente com afronta à confidencialidade, integridade e disponibilidade de sistemas, redes e/ou dados informáticos; ou mediante a posse ou disponibilização dos meios para tais fins –, sem prejuízo da responsabilidade penal das pessoas físicas que cometeram a infração, e desde que cometida em benefício da pessoa jurídica, por pessoa física, agindo quer individualmente, quer como membro de um órgão da pessoa jurídica que exerça no seu seio uma posição de direção, com poder de representação, autoridade para tomar decisões em nome dela ou autoridade para exercer controle no seio da pessoa jurídica.

5. PENAS CABÍVEIS

Uma vez atribuída responsabilidade penal às pessoas jurídicas, resta a fixação de penas adequadas no contexto dos crimes cibernéticos.

A visão tradicional que enxergava a pena privativa de liberdade como central no sistema penal é fática e logicamente incompatível com a ideia de sancionamento penal das pessoas jurídicas. Entretanto, cuida-se de visão há muito tempo ultrapassada, notadamente com a consagração, já no século passado, das penas alternativas às privativas de liberdade no Direito Penal brasileiro. Aliás, não por outra razão, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Gilson Dipp, relator do Recurso Especial nº 564.960/SC, assevera que a “insuscetibilidade de imposição de penas privativas de liberdade às pessoas jurídicas é um argumento pouco aceitável contrário à sua responsabilização penal” (Brasil, 2005), acrescenta que o “ordenamento penal brasileiro prevê outras sanções penais para os entes morais” (Brasil, 2005) e destaca que a “Lei Ambiental, com efeito, previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multas, de prestação de serviços à comunidade, restritivas de direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica.” (Brasil, 2005)

O Ministro está se referindo exatamente à Lei nº 9.605/98, que, em seus artigos 21 a 24, fixou penas adequadas às pessoas jurídicas, no contexto dos crimes ambientais, quais sejam:

- 1) Multa.

- 2) Restritivas de direitos:
 - a) Suspensão parcial ou total das atividades: quando estas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente.
 - b) Interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade: quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar.
 - c) Proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações: por até 10 anos.
- 3) Prestação de serviços à comunidade:
 - a) Custeio de programas e de projetos ambientais.
 - b) Execução de obras de recuperação de áreas degradadas.
 - c) Manutenção de espaços públicos.
 - d) Contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.
- 4) Liquidação forçada: a pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime ambiental, terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional. (BRASIL, 1998)

Esse modelo, há décadas consagrado pelo Direito Penal brasileiro e reconhecido como válido pela jurisprudência nacional, pode ser utilizado como base para a fixação das penas cabíveis às pessoas jurídicas, no contexto dos cibercrimes, com as devidas adaptações.

A Lei nº 9.605/98 não prevê parâmetros específicos para o cálculo da pena de multa às pessoas jurídicas. Entretanto, a Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) fixa parâmetros, em seu artigo 12 (Brasil, 2014), para a aplicação de multa a pessoas jurídicas em caso de infração às normas de proteção aos registros, aos dados e às comunicações privadas, que podem ser igualmente úteis no contexto dos crimes cibernéticos, são eles:

- 1) valor de até 10% (dez por cento) do faturamento do grupo econômico no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos;
- 2) considerando-se a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção.

Pode-se, ainda, acrescentar os parâmetros previstos no artigo 52, § 1º, da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais) (Brasil, 2018), quais sejam:

- 1) gravidade e natureza das infrações e dos direitos pessoais afetados;
- 2) boa-fé do infrator;
- 3) vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
- 4) condição econômica do infrator;
- 5) reincidência;
- 6) grau do dano;
- 7) cooperação do infrator;
- 8) adoção reiterada e demonstrada de mecanismos e procedimentos internos capazes de minimizar o dano;
- 9) adoção de política de boas práticas e governança;
- 10) pronta adoção de medidas corretivas;
- 11) proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção.

Quanto às restritivas de direitos, é possível adaptá-las, nos seguintes termos:

- 1) Suspensão parcial ou total das atividades, quando estas estiverem relacionadas com a prática de crime cibernético.
- 2) Interdição temporária de estabelecimento, quando este for utilizado para a prática de crime cibernético.
- 3) Proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações, por até 10 anos.

A Lei nº 9.605/98 também não traz parâmetros específicos para a quantificação do prazo de suspensão parcial das atividades, de interdição temporária de estabelecimento, nem de proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

Contudo, é plenamente viável, razoável e adequada a aplicação da lógica estabelecida pelo artigo 55 do Código Penal (Brasil, 1940) para aplicação das penas restritivas de direitos previstas na citada Lei Penal, desde que realizadas as adaptações pertinentes. Em outras palavras, o prazo das penas restritivas de direitos seria calculado utilizando-se os mesmos critérios de aplicação de pena consagrados pelo Código Penal,

nos artigos 59 a 76 (Brasil, 1940), para pessoas físicas, adotando como base as mesmas penas fixadas em abstrato nos tipos penais imputados à pessoa jurídica. Ou seja, a pena restritiva de direitos aplicada à pessoa jurídica teria a mesma duração da pena privativa de liberdade eventualmente fixada à pessoa física, quando da prática da mesma infração penal.

No tocante às penas de prestação de serviços à comunidade, poder-se-ia cogitar as seguintes:

1) Custeio de programas e projetos de tecnologia da informação, proteção de registros, dados pessoais e comunicações privadas, bem como contra cibercrimes e ataques cibernéticos em geral: adotando-se os mesmos parâmetros de cálculo do *quantum debeatur* indicados na análise da pena de multa.

2) Execução de programas e projetos de tecnologia da informação, proteção de registros, dados pessoais e comunicações privadas, bem como contra cibercrimes e ataques cibernéticos em geral: utilizando-se os mesmos parâmetros de quantificação indicados na análise das penas restritivas de direitos.

Finalmente, como sanção mais gravosa, nos casos extremos em que a pessoa jurídica é constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime cibernético, pertinente a aplicação da pena de Liquidação Forçada, a fim de considerar o patrimônio jurídico da pessoa jurídica instrumento do crime e, como tal, perdido em favor do Poder Público.

Frise-se que o modelo desenvolvido neste artigo, com base nas Leis nº 9.605/1998, 12.965/2014 e 13.709/2018, tem congruência com aquele sugerido aos membros da União Europeia, por meio da Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de agosto de 2013, relativa a ataques contra os sistemas de informação, que em seu artigo 11, igualmente propõe como sanções aplicáveis às pessoas jurídicas: (1) multa; (2) exclusão do direito a benefícios ou auxílios públicos; (3) proibição temporária ou permanente de exercer atividades comerciais; (4) liquidação; e (5) encerramento temporário ou definitivo dos estabelecimentos utilizados para a prática da infração. (UE, 2013, p. 13)

6. MEDIDAS CAUTELARES E RESSARCIMENTO DAS VÍTIMAS

Imperioso destacar que os crimes cibernéticos são dinâmicos e podem rapidamente gerar danos superlativos a uma grande quantidade de vítimas, caso não existam mecanismos legais que viabilizem uma contra ação rápida das autoridades competentes. Indispensável, portanto, que a lei regulamentadora também traga a previsão de cautelares específicas para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, da conveniência da instrução criminal e, até mesmo, para assegurar a aplicação da lei penal.

Adotando como base o Título IX do Código de Processo Penal, notadamente os artigos 282, 311 e 312 (Brasil, 1941), em cotejo com o artigo 22 da Lei nº 9.605/98 (Brasil, 1998) e com o artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil (Brasil, 2015), é possível disciplinar a aplicação de cautelares às pessoas jurídicas, no contexto dos cibercrimes, nos seguintes termos: *Em qualquer fase da investigação criminal ou do processo penal, caberão medidas cautelares decretadas judicialmente, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do querelante, do assistente de acusação, ou por representação da autoridade policial, como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, desde adequadas à gravidade do crime e às circunstâncias do fato.*

Ademais, como espécies de cautelares adequadas às pessoas jurídicas, é possível elencar: (1) suspensão parcial de atividades; (2) interdição temporária de estabelecimento; (3) proibição de contratar com o poder público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações; e (4) outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias; pelo tempo que durar o risco à ordem pública, à ordem econômica, à conveniência da instrução criminal e à aplicação da lei penal.

Finalmente, é importante que a lei, a exemplo do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), permita que a sentença penal já fixe um valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelas vítimas.

7. ESBOÇO DE LEI REGULAMENTADORA

Com base em tudo o que foi analisado, e encampando as propostas apresentadas pelo professor Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, no ano de 2021²⁴, é possível regulamentar a responsabilidade penal da pessoa jurídica em relação a crimes cibernéticos, com cominação de penas adequadas, fixação de cautelares eficientes e previsão de ressarcimento de danos às vítimas, nos seguintes termos:

Art. 1º. A pessoa jurídica será responsabilizada penalmente pela prática, por ação ou omissão, de crime cibernético.

Parágrafo único. Crime cibernético é qualquer infração penal praticada por meio de sistema informático, conectado ou não em rede; ou contra a segurança cibernética, notadamente com afronta à confidencialidade, integridade e disponibilidade de sistemas, redes e/ou dados informáticos; ou mediante a posse ou disponibilização dos meios para tais fins.

Art. 2º. A atividade da pessoa jurídica é penalmente relevante quando violar dever que lhe é diretamente dirigido e a decisão institucional que a determinar for motivada pelo interesse ou benefício da entidade.

§ 1º. Para que a pessoa jurídica seja responsabilizada penalmente, a infração penal deverá ser praticada em benefício dela, por pessoa física, agindo quer individualmente, quer como membro de um órgão da pessoa jurídica que exerça no seu seio uma posição de direção, com poder de representação, autoridade para tomar decisões em nome dela ou autoridade para exercer controle no seio da pessoa jurídica.

§ 2º. A responsabilidade das pessoas jurídicas é independente da responsabilidade das pessoas físicas.

Art. 3º. Atribui-se à pessoa jurídica o crime:

I – doloso, quando a decisão institucional determinar a realização de atividade que viole a norma incriminadora ou aceitar a ocorrência sua de sua violação; e
II – culposo, quando a violação da norma incriminadora decorrer do defeito de organização da entidade.

Art. 4º. A pessoa jurídica é imputável desde a sua constituição.

Parágrafo único. Extinta a pessoa jurídica posteriormente ao fato criminoso, com a finalidade de evitar ou mitigar os efeitos da aplicação da lei penal, o juiz poderá determinar que as penas sejam aplicadas à pessoa jurídica que a suceder.

Art. 5º O desconhecimento institucional sobre a regulamentação da atividade é inescusável. O erro sobre a ilicitude da atividade, se inevitável, exclui a culpabilidade; se evitável, o juiz poderá diminuir a pena de um a dois terços.

Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se a pessoa jurídica decide por realizar a atividade sem a compreensão de sua ilicitude, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa compreensão.

Art. 6º A pessoa jurídica que, de qualquer modo, concorre para o crime de outra pessoa jurídica incide nas penas a este cominadas, na medida de sua própria culpabilidade.

Parágrafo único. Se a participação pessoa jurídica for de menor importância, o juiz poderá diminuir a pena de um a dois terços.

Art. 7º. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas

²⁴ Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/ccjc/apresentacoes-em-eventos/apresentacoes-de-convidados-em-eventos-de-2021/audiencia-publica-da-subcomissao-para-assuntos-penais-1/documentos-ap-subcomissao-assuntos-penais/17082021-apresentacao_-fernando-galvao. Acesso em: 3 de julho de 2024.

jurídicas são:

I – multa de até 10% (dez por cento) do faturamento do grupo econômico no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, considerados a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção;

II – restritivas de direitos;

III – prestação de serviços à comunidade;

IV – liquidação forçada.

Art. 8º. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são:

I – suspensão parcial ou total de atividades: quando estas estiverem relacionadas com a prática de crime cibernético.

II – interdição temporária de estabelecimento: quando este for utilizado para a prática de crime cibernético.

III – proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações, por até 10 anos.

Art. 9º. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em:

I – custeio de programas e projetos de tecnologia da informação, proteção de registros, dados pessoais e comunicações privadas, bem como contra cibercrimes e ataques cibernéticos em geral;

II – execução de programas e projetos de tecnologia da informação, proteção de registros, dados pessoais e comunicações privadas, bem como contra cibercrimes e ataques cibernéticos em geral.

Art. 10. As penas de natureza pecuniária serão calculadas de acordo com os seguintes parâmetros e critérios:

I – gravidade e natureza das infrações e dos direitos pessoais afetados;

II – boa-fé do infrator;

III – vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV – condição econômica do infrator;

V – reincidência;

VI – grau de dano;

VII – cooperação do infrator;

VIII – adoção reiterada e demonstrada de mecanismos e procedimentos internos capazes de minimizar o dano;

IX – adoção de política de boas práticas e governança;

X – pronta adoção de medidas corretivas;

IX – proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção.

Art. 11. As penas restritivas de direitos e a de execução de programas e projetos serão calculadas tendo como base a pena privativa de liberdade prevista em abstrato no(s) crime(s) imputado(s) à pessoa jurídica, devendo-se aplicar os mesmos critérios de aplicação da pena previstos no Capítulo III, da Parte Geral, do Código Penal.

Art. 12. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de cibercrime, na forma do art. 1º, terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

Art. 13. Em qualquer fase da investigação criminal ou do processo penal, caberão, por determinação judicial, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do querelante, do assistente de acusação, ou por representação da autoridade policial, como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver indícios suficientes da existência do crime cibernético e de sua autoria, desde que adequada(s) à gravidade do crime e às circunstâncias do fato, as seguintes medidas cautelares:

I – suspensão parcial de atividade;

II – interdição temporária de estabelecimento;

III – proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações;

IV - outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias.

Parágrafo único. As cautelares poderão ser aplicadas isolada, cumulativa ou alternativamente e serão mantidas pelo tempo que durar o risco à ordem pública, à ordem econômica, à conveniência da instrução criminal e à aplicação da lei penal.

Art. 14. O órgão judicial, ao proferir sentença condenatória, fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pela(s) vítima(s).

CONCLUSÃO

Crime cibernético é a infração penal praticada por meio de sistema informático, conectado ou não em rede; ou contra a segurança cibernética, notadamente com afronta à confidencialidade, integridade e disponibilidade de sistemas, redes e/ou dados informáticos; ou mediante a posse ou disponibilização dos meios para tais fins.

A criminalidade cibernética está em franca expansão, não respeita fronteiras e está a cada dia mais elaborada, o que dificulta sobremaneira as atividades de fiscalização, prevenção e repressão, cujo sucesso carece de uma intensa rede de cooperação internacional, com compartilhamento de informação e tecnologia, além de uma legislação anticrimes cibernéticos uniforme e eficaz, com o mínimo de brechas possíveis, pois estas certamente serão identificadas e utilizadas pelos cibercriminosos em favor deles, perpetuando, dessa forma, a atividade criminosa em tela.

Ciente desse risco, o Conselho da Europa aprovou, no dia 23 de novembro de 2001, na cidade de Budapeste, Hungria, a Convenção sobre o Cibercrime, que entrou em vigor no dia 1º de julho 2004, e conta com a adesão também de países de fora do bloco europeu, como Estados Unidos, Chile, Argentina, Costa Rica, República Dominicana e, enfim, Brasil, que ratificou a Convenção, por meio do Decreto Legislativo nº 37, no dia 21 de dezembro de 2021 (BRASIL, 2021), e internalizou-a em seu ordenamento jurídico, no dia 12 de abril de 2023, pelo Decreto nº 11.491. (BRASIL, 2023)

Dentre as medidas a serem adotadas a nível nacional, no âmbito do Direito Penal Material, a Convenção prevê, em seu artigo 12, a responsabilização penal das pessoas jurídicas.

O Brasil é capaz de cumprir o compromisso assumido em âmbito interno e

internacional, no sentido de assegurar que as pessoas jurídicas sejam responsabilizadas penalmente pela prática de infrações cibernéticas, não havendo óbice constitucional para tanto.

Todavia, a matéria carece de regulamentação, que deve ser feita por lei federal, na forma dos artigos 5º, inciso XXXIX, e 22, inciso I, ambos da Constituição Federal.

Ademais, a lei federal regulamentadora deverá atribuir responsabilidade penal e fixar penas adequadas às pessoas jurídicas, de forma geral e abstrata, pela prática de crimes cibernéticos.

Imperioso destacar, ainda, que os crimes cibernéticos são dinâmicos e podem rapidamente gerar danos a uma grande quantidade de vítimas, caso não existam mecanismos legais que viabilizem uma contra ação rápida das autoridades competentes. Indispensável, portanto, que a lei regulamentadora também traga a previsão de cautelares específicas para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, da conveniência da instrução criminal e, até mesmo, para assegurar a aplicação da lei penal.

Ademais, é importante que a lei, a exemplo do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, permita que a sentença penal já fixe um valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelas vítimas.

Finalmente, embora o presente trabalho não pretenda esgotar a temática, busca-se suscitar discussões e lançar luzes sobre a regulamentação da responsabilidade penal da pessoa jurídica pela prática de crimes cibernéticos, atentando para a cominação de penas adequadas, fixação de cautelares eficientes e previsão de ressarcimento de danos às vítimas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 11.491, de 12 de abril de 2023. Promulga a Convenção sobre Crime Cibernético, firmada pela República Federativa do Brasil, em Budapeste, em 23 de novembro de 2001. Brasília/DF: Planalto, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Decreto/D11491.htm. Acesso em: 14 de janeiro de 2024.

BRASIL. Emenda Constitucional n° 115, de 10 de fevereiro de 2022. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Brasília/DF: Planalto, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm#art1. Acesso em: 14 de janeiro de 2024.

BRASIL. Decreto Legislativo n° 37, de 2021. Aprova o texto da Convenção sobre Crime Cibernético, celebrada em Budapeste, em 23 de novembro de 2001. Brasília/DF: Planalto, 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-legislativo-368859089>. Acesso em: 14 de janeiro de 2024.

BRASIL. *Congresso ratifica acordo internacional sobre crimes cibernéticos*. Senado Federal (Agência Câmara de Notícias). Brasília/DF: Senado Federal, 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/12/23/congresso-ratifica-acordo-internacional-sobre-crimes-ciberneticos>. Acesso em: dia 14 de janeiro de 2024.

BRASIL. Lei n° 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília/DF: Planalto, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 14 de janeiro de 2024.

BRASIL. Recurso Extraordinário n° 548.181/PR. Supremo Tribunal Federal. Brasília/DF: Portal STF, 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087018>. Acesso em: 16 de janeiro de 2024.

BRASIL. Recurso Especial n° 564.960/SC (2003/0107368-4). Superior Tribunal de Justiça. Brasília/DF: STJ, 2005. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28RESP.clas.+e+%40num%3D%22564960%22%29+ou+%28RESP+adj+%22564960%22%29.suce>. Acesso em: 14 de janeiro de 2024.

BRASIL. Lei n° 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília/DF: Planalto, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 14 de janeiro de 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília/DF: Planalto, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 de janeiro de 2024.

BUSSELL, Jennifer. Cyberspace. Encyclopedia Britannica, 2023. Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/cyberspace>. Acesso em: 31 de janeiro de 2024.

CNCS. Glossário. Centro Nacional de Cibersegurança – Portugal. Lisboa, 2022. Disponível em: <https://www.cncs.gov.pt/pt/glossario/#linhasobservacao>. Acesso em: 31 de janeiro de 2024.

COE. Convention on Cybercrime. Estrasburgo/GE: Concil of Europe Portal, 2001a. Disponível em: <https://rm.coe.int/1680081561>. Acesso no dia 14 de janeiro de 2024.

COE. Convention sur la cybercriminalité. Estrasburgo/GE: Concil of Europe Portal, 2001b. Disponível em: <https://rm.coe.int/168008156d>. Acesso em: 14 de janeiro de 2024.

CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal*: Parte General. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 631.

FERREIRA, Ivete Senise. *A criminalidade informática*. Direito & Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes. São Paulo: Edipro, 2001.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; SILVA, Solange Teles da. Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas de Direito Público na Lei nº 9.605/98. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Rio de Janeiro/RJ: Coordenadoria de Pesquisa e Publicações Científicas do CEJUR, 1998. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTkxOA%2C%2C>. Acesso em: 14 de janeiro de 2024.

GONTIJO, Cynthia Rúbia Braga, et. al. *Ciberespaço: que território é esse?* Educ. Tecnol., Belo Horizonte, v. 12, n. 3, pp. 34-38, set./dez., 2007.

GIBSON, William. *Neuromancer*. Tradução de Abdoule Sam Byd e Lumir Nahodil. São Paulo/SP: Ace Books, 2003.

JAISHANKAR, Karuppannan. Space transition theory of cybercrimes. In: Schmallager, F., & Pittaro, M. (Eds.), *Crimes of the internet*. Upper Saddle River/NJ: Prentice Hall, 2008, pp. 283-301. Disponível em: <https://www.jaishankar.org/theory.html#:~:text=The%20postulates%20of%20the%20theory,to%20their%20status%20and%20position>. Acesso em: 3 de julho de 2024.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução da 4ª ed. Tradução de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 300.

JUNGBLUT, Airton Luiz. A heterogenia do mundo on-line: algumas reflexões sobre a virtualização, comunicação mediada por computadores e ciberespaço. In: *Horizontes Antropológicos*. Porto Alegre, ano 10, n. 21, jan./jun., 2004, pp. 97-121.

JÚNIOR, Mário José Lopes Guimarães. O ciberespaço como cenário para as ciências sociais. *Ilha Revista de Antropologia*. Florianópolis/SC, v. 2, n. 1, p. 139-154, 2000. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ilha/article/view/14652>. Acesso em: 3 de julho de 2024.

KIM, Joon Ho. Cibernética, ciborgues e ciberespaço: notas sobre as origens da cibernética e sua reinvenção cultural. In: *Horizontes Antropológicos*. Porto Alegre, ano 10, n. 21, pp. 199-219, jan./jun., 2004.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2000.

MORAIS NETO, Arnaldo Sobrinho de Moraes. *Cibercrime e cooperação penal internacional: um enfoque à luz da Convenção de Budapeste*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba – UFPB Centro de Tecnologia, João Pessoa/PA, 2009. Disponível em: <http://www.ct.ufpb.br/pos/contents/pdf/bibliovirtual/dissertacoes-2009/arnaldo-sobrinho-cibercrime-e-cooperacao-penal-internacional.pdf>. Acesso em: 30 de janeiro de 2024.

MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura; TORRES, Paula Ritzmann. Convenção de Budapeste sobre os crimes cibernéticos foi promulgada, e agora? *Boletim IBCCRIM*. Paulo/SP: IBCCRIM, ano 31, nº 368, junho, 2023. ISSN 1676-3661. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/575/108. Acesso em: 3 de julho de 2024.

PHILLIPS, Kirsty; DAVIDSON, Julia C.; FARR, Ruby R.; BURKHARDT, Christine; CANEPPELE, Stefano; AIKEN, Mary P. Conceptualizing cybercrime: definitions, typologies and taxonomies. *Forensic Sciences*, 2022, pp. 379-398. Disponível em <https://doi.org/10.3390/forensicsci2020028>. Acesso em: 3 de julho de 2024.

ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. *Estudos sobre responsabilidade penal de pessoas jurídicas*. Belo Horizonte/MG: Editora Dialética, 2023. ISBN 978-65-252-9698-2.

ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. *Teoria do crime da pessoa jurídica*. Proposta para a Câmara – Código Penal. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados. Brasília/DF: Portal da Câmara, 2021. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/ccjc/apresentacoes-em-eventos/apresentacoes-de-convidados-em-eventos-de-2021/audiencia-publica-da-subcomissao-para-assuntos-penais-1/documentos-ap-subcomissao-assuntos-penais/17082021-apresentacao-fernando-galvao>. Acesso em: 3 de julho de 2024.

ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 4ª. ed. Belo Horizonte/MG: Editora D'Plácido, 2017.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. *Informática, telemática e direito penal*. São Paulo/SP: Memória Jurídica, 2004.

SCHMITT, Michael N. *Tallinn manual on the international law applicable to cyber warfare: prepared by the International Group of Experts at the invitation of the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. Disponível em: <https://www.onlinelibrary.iuhl.org/wp-content/uploads/2021/05/2017-Tallinn-Manual-2.0.pdf>. Acesso no dia 31 de janeiro de 2024.

SYDOW, Spencer Toth. *Curso de Direito Penal Informático: Partes Geral e Especial*. 3ª ed. São Paulo/SP: Juspodivm, 2022.

UE. Diretiva 2013/40/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de agosto de

2013: relativa a ataques contra os sistemas de informação e que substitui a Decisão-Quadro 2005/222/JAI do Conselho. *Jornal da União Europeia*. Bruxelas, 2013. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0040>. Acesso em: 3 de julho de 2024.

UK. The Queen against The Birmingham and Gloucester Railway Company. English Reports Citation: 114 E.R. 21, 1º de jan. de 1842. Disponível em: <https://vlex.co.uk/vid/the-queen-against-the-803443733>. Acesso em: 3 de julho de 2024.

USA. *Internet Crime Report 2022*. Washington/DC: Department of Justice – Federal Bureau of Investigation, 2022. Disponível em: https://www.ic3.gov/Media/PDF/AnnualReport/2022_IC3Report.pdf. Acesso em: 3 de julho de 2024.

USA. *Internet Crime Report 2021*. Washington/DC: Department of Justice – Federal Bureau of Investigation, 2021. Disponível em: https://www.ic3.gov/Media/PDF/AnnualReport/2021_IC3Report.pdf. Acesso em: 3 de julho de 2024.

USA. New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States, 212 U.S. 481. U.S. Supreme Court. Washington/DC: Justia U.S. Supreme Court, 1909. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/212/481/>. Acesso em: 3 de julho de 2024.

USA. Security and Privacy Controls for Information Systems and Organizations. *NIST (National Institute of Standards and Technology)*. Washington/DC: U.S. Department of Commerce, rev. 5, 2020. Disponível em: <https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/SpecialPublications/NIST.SP.800-53r5.pdf>. Acesso em: 3 de julho de 2024.

PLANEJAMENTO DEFINITIVO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

FINAL PLANNING OF PUBLIC CONTRACTS

Rafael Antonio Baldo

Doutor em Direito Financeiro pela USP. Mestre em Direito do Estado pela UFPR.
Master in Global Rule of Law and Constitutional Democracy pela Università degli
Studi di Genova. Procurador do Ministério Público de Contas de SP.

RESUMO

O artigo pretende demonstrar a importância do planejamento definitivo das licitações e contratações públicas no regime da Lei n. 14.133/2021. Será adotado o método dedutivo com a interpretação dessa nova lei e a análise de atos infralegais da União e do Estado de São Paulo que regulamentaram a matéria. A partir dessas fontes normativas primárias e secundárias, o presente artigo ressaltará os pontos comuns do planejamento definitivo, convergindo, então, a análise para os requisitos do termo de referência nas contratações de bens e serviços e, na sequência, para os requisitos do projeto básico nas contratações de obras e serviços de engenharia.

Palavras-chave: Lei n. 14.133/2021; licitações e contratações públicas; planejamento definitivo; termo de referência; projeto básico.

ABSTRACT

The article aims to demonstrate the importance of definitive planning of public biddings and public contracts under the regime of Law no. 14.133/2021. The deductive method will be adopted throughout the interpretation of this new law and the analysis of infra-legal acts of the Union and the State of São Paulo that regulate the matter. Based on these primary and secondary normative sources, this article will highlight the common points of definitive planning, converging, then, to the analysis of formal requirements of the term of reference in the contracting of goods and services and, subsequently, to the formal requirements of the basic project in building and engineering services.

Keywords: Law no. 14.133/2021; public biddings and contracts; definitive planning; term of reference; basic project.

INTRODUÇÃO

Apesar das inovações e dos avanços visados pelo novo marco legal das licitações e das contratações públicas (NLCC), a Lei nº 14.133/2021 teve sua aplicação postergada

em decorrência da ultratividade que foi atribuída para a Lei n. 8.666/1993, permitindo que o antigo regime legal fosse aplicado às licitações realizadas até 31 de dezembro de 2023. Para além dos obstáculos gerenciais que foram impostos pela pandemia de Covid-19, a ultratividade conferida para a Lei n. 8.666/1993 indica certa relutância da Administração Pública ao aplicar a Lei nº 14.133/2021, sobretudo por parte dos Estados e dos Municípios, porque muitos dos seus dispositivos buscaram inspiração na jurisprudência do TCU e na prática do governo federal, impondo a realização de diligências bem mais complexas, principalmente no que tange ao planejamento preliminar e ao planejamento definitivo das contratações públicas. Neste cenário, o objeto do presente artigo converge para o planejamento definitivo das contratações públicas com a finalidade precípua de esclarecer as providências que devem ser tomadas pela Administração Pública ao elaborar o termo de referência e o projeto básico.

Na abordagem do tema acima proposto, o primeiro tópico terá o objetivo específico de mostrar a conexão objetiva teleológica entre os requisitos do estudo técnico preliminar (ETP) e os elementos básicos do termo de referência ou do projeto básico, indicando os requisitos comuns de natureza substancial e de natureza procedimental, com destaque para a aprovação e a divulgação dessas duas ferramentas gerenciais. Firmadas as premissas comuns, o segundo tópico e o terceiro tópico terão os objetivos específicos de analisar, respectivamente, os requisitos formais do termo de referência e do projeto básico, levando em conta, por exemplo, a descrição do objeto, o fundamento da contratação, a descrição da solução como um todo, o modelo de execução do objeto, o modelo de gestão do contrato, os critérios de medição e de pagamento, as formas de seleção do fornecedor, a elaboração do orçamento estimado e a adequação orçamentária. Por fim, a conclusão evidenciaria os pontos de convergência e os pontos de divergência entre os dois instrumentos de planejamento definitivo.

Sob o prisma metodológico, o artigo enfatizará as fontes normativas primárias e secundárias diante da necessidade de canalizar os estudos acadêmicos para a interpretação literal e a interpretação sistemática, sobretudo nesta fase inicial de aplicação cogente do novo regime legal das licitações e contratações administrativas após janeiro de 2024. Isto posto, serão destacados os regulamentos editados pelo governo federal e pelo governo do Estado de São Paulo, assim como as orientações editadas pelos órgãos técnicos de engenharia. Com relação ao termo de referência, o trabalho levará em conta a Instrução

Normativa SEGES/ME n.º 81/2022 e o Decreto paulista n.º 68.185/2023 que regulamentaram a elaboração do termo de referência pelos órgãos da Administração Direta e pelas autarquias, levando à criação do Sistema TR Digital. No tocando ao projeto básico, o artigo tomará como ponto de partida a Orientação Técnica IBR 001/2006, assim como a Orientação Técnica IBR 002/2009, que foram editados pelo Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas (IBRAOP) com o objeto de definir os elementos fundamentais dessa peça técnica. Assim, definidos os contornos do objeto e da metodologia a ser empregada, é tempo de percorrer os tópicos.

1. PLANEJAMENTO DEFINITIVO DAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Na vigência da Lei n. 8.666/1993, o planejamento definitivo na fase preparatória das licitações e contratações públicas era disciplinado por poucos dispositivos legais que, em linhas gerais, abordavam os requisitos gerais do projeto básico nas obras e nos serviços de engenharia, subsidiando, de forma analógica, a elaboração dos termos de referência nas contratações públicas de bens e serviços. Consoante o artigo 6º, inciso IX, da Lei n. 8.666/1993, o planejamento das contratações de obras e serviços de engenharia abrangia a confecção de projeto básico com respaldo em estudos técnicos preliminares que demonstravam a viabilidade técnica e a análise do impacto ambiental, viabilizando a mensuração dos custos, a indicação dos métodos e a previsão dos prazos de execução. Nada obstante, o antigo regime legal não disciplinava, de forma exauriente, o procedimento a ser adotado pela Administração ao elaborar o projeto básico e o termo de referência. Dada essa lacuna legal, as decisões dos tribunais de contas reforçaram, ao longo das últimas décadas, a necessidade de planejamento definitivo, subsidiando a elaboração e a aprovação do projeto de lei que levou à edição do novo marco legal das licitações e das contratações públicas.

No regime instituído pela Lei n. 14.133/2021, a elaboração do projeto básico e do termo de referência toma como ponto de partida o planejamento preliminar das contratações públicas com base as conclusões definidas no estudo técnico preliminar (ETP). Consoante o artigo 18, § 1º, da Lei nº 14.133/2021, a elaboração do estudo técnico

preliminar precisar observar vários requisitos, alguns obrigatórios, outros dispensáveis. Os requisitos obrigatórios compreendem a motivação do ajuste, a previsão dos quantitativos, a indicação do valor estimado, o exame do parcelamento ou da aglutinação do objeto e, por fim, o parecer conclusivo do ETC. Por sua vez, os requisitos dispensáveis consideram o cenário subjacente e a projeção do futuro, abrangendo certas diligências que podem ser motivadamente dispensadas durante a elaboração do ETP, sobretudo quando ainda não for possível mapear todos os detalhes do certame e do contrato. Muitos destes requisitos devem ser considerados durante o planejamento definitivo, a exemplo dos requisitos da contratação ou da descrição global da solução almejada.

Confirmada a viabilidade da contratação, as conclusões do ETP servirão de base para o planejamento definitivo que será realizado ou pelo termo de referência, no caso do fornecimento de bens e da prestação de serviços, ou pelo projeto básico, no caso da execução das obras e serviços de engenharia. Esses dois documentos servem para definir os contornos do objeto em termos técnicos, quantitativos e financeiros, indicando as características dos itens componentes, as quantidades estimadas e os valores previstos para o ajuste. Além disso, eles fornecem subsídios para que sejam definidos os modelos de execução do objeto e de gestão do contrato, balizando os requisitos de contratação, a reavaliação dos riscos, a refinamento do orçamento estimado e a posterior formulação das propostas pelos licitantes interessados. Por fim, essas duas ferramentas gerenciais servem para revisar, refinar e aprofundar aqueles os pontos *a priori* delineados nos estudos e levantamentos preliminares, revelando a existência de uma conexão objetiva teleológica entre os requisitos do estudo técnico preliminar e os elementos básicos do termo de referência ou do projeto básico.

Depois de concluídos, o termo de referência e o projeto básico devem ser aprovados pela autoridade competente e divulgados nos meios adequados. Quanto à aprovação, as Orientações Consolidadas da PGE/SP frisam que é necessária a aprovação desses documentos pela autoridade competente, responsável por autorizar as licitações ou os contratos no âmbito do órgão ou da entidade, nos termos do artigo 2º, inciso I, do Decreto nº 68.220/2023, que regulamenta a atuação do agente ou da comissão de contratação, da equipe de apoio, dos gestores e fiscais dos contratos no âmbito da Administração direta e autárquica do Estado de São Paulo.¹ Quanto à divulgação, o artigo

¹ BRASIL, PGESP, Orientações Consolidadas Sub-Cons da PGE/SP, Versão 01 de 27.2.2024. Disponível

25 da Lei n.º 14.133/2021 estabelece que o termo de referência e o projeto básico devem ser divulgados quando da publicação do ato convocatório ou do aviso de contratação direta no sítio eletrônico oficial e no Portal Nacional de Contratações Público, o chamado PNCP.

2. PLANEJAMENTO DEFINITIVO POR MEIO DO TERMO DE REFERÊNCIA

No que tange ao termo de referência, a Lei n.º 14.133/2021 foi mais específica com relação à Lei n.º 8.666/1993 ao definir os elementos descritivos desse documento, balizando a regulamentação infralegal da matéria. No governo federal, a Instrução Normativa SEGES/ME n.º 81/2022 abordou a elaboração do termo de referência pelos órgãos da Administração Direta, pelas autarquias, pelas fundações federais e, também, pelos demais entes federativos, quando a contratação for custeada por transferências voluntárias da União. A grande novidade foi a criação do Sistema TR Digital, ferramenta informatizada do governo federal que também pode ser usada pelos demais Poderes e entes federativos, desde que observem o manual técnico-operacional que foi divulgado no portal de compra em 14/03/2023.² No Estado de São Paulo, o Decreto n.º 68.185/2023 disciplinou o tema no âmbito da Administração Direta e Autárquica, reproduzindo a maior parte do regulamento federal. Adotou-se o Sistema TR Digital, prevendo a elaboração de modelos próprios de TR com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico. Também é prevista a responsabilização dos agentes pelo uso indevido das senhas e pela violação das normas de segurança do Sistema TR Digital.³

Os dois regulamentos disciplinam o procedimento de elaboração do termo de referência, seja pela equipe de planejamento das contratações, seja pelo grupo composto pela área requisitante que identifica a necessidade e pela área técnica que analisa o pedido de contratação, compila as necessidades afins e calcula os valores. Ao elaborar o

em: <http://www.portal.pge.sp.gov.br/wp-content/uploads/2024/02/17h-27-2-orientacoes-consolidadas-nllc.pdf>.>. Último acesso em: 10.Set.2024.

² Vide: <https://www.gov.br/compras/pt-br/acesso-a-informacao/manuais/manual-fase-interna/manual-tr-digital/Manual-Termo-de-Referencia-Digital>

³ Segundo o **artigo 1º, § 1º, do Decreto nº 68.185/2023**, “para os procedimentos de que trata este decreto, será utilizado o Sistema TR Digital, disponível no Portal de Compras do Governo Federal”. Por sua vez, o parágrafo 2º do mesmo artigo estipula que, “sem prejuízo do disposto no §1º deste artigo, para acesso e operacionalização do sistema, deverão ser observados os procedimentos estabelecidos no Manual do Sistema TR Digital, disponível no Portal de Compras do Estado”.

documento, é necessário levar em conta tanto as particularidades do ETP (análise *bottom-up*), quanto as diretrizes estabelecidas pelos diversos instrumentos de planejamento estatal, como o Plano de Contratações Anual, os planos de políticas setoriais (e.g. Plano Nacional da Saúde, Plano Nacional da Educação, Plano Nacional do Meio Ambiente) e as leis orçamentárias (análise *top-down*). Definidos os contornos técnicos e financeiros do objeto, a equipe envia o documento para o setor de contratações para o refinamento do orçamento estimado e para a elaboração das minutas, com a posterior divulgação do termo de referência no portal da transparência e no Portal Nacional de Contratações Públicas.⁴ Nesse sentido, o artigo 12, da Instrução Normativa SEGES/ME n.º 81/2022 e o artigo 9º, do Decreto paulista n.º 68.185/2023 estipulam que, “o termo de referência deverá ser divulgado na mesma data de divulgação do edital ou do aviso de contratação direta no Plano Nacional de Contratações Públicas, como anexo, sem necessidade de registro ou de identificação para acesso.”

Os regulamentos estipulam que o termo de referência pode ser dispensado em três hipóteses taxativas: dispensa de licitação para contratar nas mesmas condições definidas em edital publicado há menos de um ano nas situações de licitação deserta ou de licitação fracassada (art. 75, III, NLCC); adesão à ata de registro de preços; prorrogação dos contratos de serviço ou fornecimento contínuo.⁵ As três exceções devem ser interpretadas restritivamente para preservar a força cogente da Lei n.º 14.133/2021, em homenagem ao princípio da legalidade. Por isso, o termo de referência sempre deve ser elaborado nas demais situações, inclusive nos outros casos de contratação direta, nos procedimentos de registro de preços e nos outros tipos de aditamento contratual. Mesmo a exceção relativa à prorrogação dos contratos de serviço ou fornecimento contínuo deve ser interpretada com cautela, pois a ampliação da vigência contratual somente pode ocorrer, “desde que haja previsão em edital e que a autoridade competente ateste que as condições e os preços permanecem vantajosos para a Administração (...)” (art. 107, NLCC). Vale dizer, o termo de referência apenas pode ser dispensado se houver previsão no edital e se forem mantidas as mesmas condições do contrato inicial após o

⁴ Vide: art. 3º, § 1º, art. 6º, art. 7º, art. 8º, art. 10, art. 12, da IN nº 81/2022; art. 2º, § 1º, art. 3º, art. 4º, art. 5º, art. 7º, art. 9º, do Decreto nº 68.185/2023 do Estado de São Paulo.

⁵ O artigo 6º, § 1º, da IN nº 81/2022 estipula que, “os processos de contratação direta de que trata o art. 72 da Lei nº 14.133/2021, serão instruídos com o TR, observado em especial os arts. 8º e 10º”. No mesmo sentido, o artigo 3º, **§ 1º, do** Decreto nº 68.185/2023 estabelece que, “os processos de contratação direta de que trata o art. 72 da Lei nº 14.133/2021, serão instruídos com o TR, observado o disposto nos artigos 5º e 7º deste decreto.”

reajustamento dos preços. Eventual alteração da qualidade, da quantidade ou da forma de execução do objeto exige novo termo de referência, pois, sem esse documento, não há como demonstrar a manutenção da vantajosidade.

Consoante a Lei n.º 14.133/2021, o termo de referência é “o documento necessário para a contratação de bens e serviços que *deve conter*” uma série de parâmetros e elementos descritivos (art. 6º, XXIII, NLCC). No mesmo sentido, os regulamentos federal e paulista reforçam que os parâmetros e os elementos descritivos devem ser registrados no Sistema TR Digital (art. 9º, IN 81/2022, art. 6º, Decreto 68.185/2023). A leitura desses enunciados indica a observância obrigatória dos parâmetros e elementos descritivos, de modo que eventual ausência ou a falha implica a nulidade do ato por vício de forma, maculando o edital e o contrato. O descumprimento dessas exigências não pode ser compreendido como simples erro formal. Afinal, pelo princípio da instrumentalidade das formas, os parâmetros e os elementos descritivos do termo de referência são indispensáveis para definir os contornos do objeto e da execução, sob pena de prejudicar a ampla competitividade e a economicidade do ajuste. Além disso, os agentes e os gestores responsáveis por elaborar e aprovar o termo de referência têm o dever funcional de aplicar a lei corretamente. Do contrário, eles podem ser responsabilizados por erro grosseiro com fundamento no artigo 28 da LINDB, em virtude de imperícia, imprudência ou negligência, de acordo com o critério do “servidor público médio”.

Dada a necessidade de preservar a coerência entre o planejamento inicial e o planejamento definitivo, os parâmetros e os elementos descritivos do termo de referência guardam conexão com o estudo técnico preliminar. No que tange aos requisitos obrigatórios do ETP (necessidade da contratação, quantidade prevista, valor estimado, análise do parcelamento e parecer conclusivo), o termo de referência aprofunda esses pontos com a definição do objeto, a fundamentação da contratação, a fixação do valor estimado e a adequação orçamentária. Sobre os requisitos dispensáveis do ETP (descrição da solução, requisitos da contratação, levantamento do mercado, análise de contratos afins, alinhamento ao PCA, providências anteriores, demonstração dos resultados e descrição de impactos ambientais e medidas mitigadoras), o termo de referência deve obrigatoriamente descrever a solução como um todo e analisar os requisitos da contratação, ainda que essas questões não tenham sido previamente abordadas no estudo técnico preliminar. São duas providências que podem ser postergadas do planejamento

inicial para o planejamento definitivo, mas que não podem ser dispensadas. Afinal, elas repercutem nos demais elementos descritivos do termo de referência, como os modelos de execução do objeto e de execução do contrato, os critérios de medição e de pagamento e as formas de seleção do fornecedor. No que diz respeito aos requisitos adicionais do ETP (utilização de recursos locais, licitação por técnica e preço e opção entre compra e locação), o termo de referência precisa esmiuçar esses pontos ao descrever o objeto, estipular as formas de seleção e estipular os requisitos da contratação.

Quanto à definição do objeto (art. 6º, XXIII, a, NLCC), o termo de referência precisa descrever, de forma adequada, a natureza do bem, serviço ou obra comum, a quantidade de itens, o prazo do ajuste e a possibilidade de prorrogação, pois a caracterização incompleta do objeto implica a nulidade do contrato (art. 150, NLCC). A quantidade será calculada com base no ETP, levando em conta o histórico do consumo, a provável utilização no futuro e a eventual prorrogação nos casos de execução contínua. Os regulamentos federal e estadual também exigem: (i) a especificação do bem ou do serviço em atenção aos requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade, segurança e sustentabilidade; (ii) a indicação dos locais de entrega dos bens, além das regras de recebimento provisório e de recebimento definitivo; (iii) a especificação das garantias exigidas e das condições de manutenção e de assistência técnica. O regulamento paulista exige, ainda, “a indicação, caso justificada, de autorização de subcontratação parcial do serviço ou do fornecimento, acompanhada da descrição acerca da capacidade técnica a ser exigida para cada parcela, observado o disposto no § 6º deste artigo.” Consoante tal parágrafo, “fica vedada a subcontratação total, de parcelas consideradas de maior relevância técnica ou de valor mais significativo do objeto, ressalvado o disposto no § 9º do artigo 67 da Lei nº 14.133/2021” (art. 6º, I, c, Dec. 68.185/2023).

Ao descrever a natureza do objeto, é preciso indicar se os bens ou os serviços constam do catálogo eletrônico de padronização. Em caso positivo, a descrição padronizada do objeto somente pode ser afastada mediante justificativa por escrito (art. 19, § 2º, NLCC). Também é necessário especificar, por exemplo, se os bens ou serviços são de execução contínua ou execução instantânea (contrato de escopo); se eles são especiais ou comuns, isto é, com padrões objetivos de desempenho e qualidade conforme as especificações usuais de mercado; se os serviços são de natureza predominantemente

intelectual; ou se os serviços farão uso predominante de mão de obra. Todas essas informações contribuem para identificar a modalidade da licitação, o critério de julgamento, o ganho de escala, a duração do contrato e a forma de reajustamento. Ademais, a descrição do objeto deve ser razoável, vale dizer, nem muito genérica a ponto de impedir o oferecimento de propostas confiáveis, nem muito específica a ponto de restringir a competição ou de direcionar o certame para certo licitante.

No fornecimento de bens, a descrição do objeto não pode indicar marca específica, salvo mediante justificativa formal que demonstre a presença de uma das hipóteses taxativas do artigo 41, inciso I, da Lei nº 14.133/2021. Nesse sentido, a indicação de marca ou modelo somente é possível para implementar a padronização do objeto (Súmula 270 do TCU),⁶ para manter a compatibilidade com os padrões já adotados, para atender à necessidade única quando o bem for comercializado por mais de um fornecedor e, por fim, para servir de referência aos licitantes com base na fórmula que ficou conhecida como “marca x ou similar”, admitindo a realização de prova de qualidade com o objetivo de mostrar que o produto ofertado é similar àquele indicado no edital (art. 42, NLCC). Para manter a compatibilidade com os padrões já adotados em virtude de contrato precedente ainda em vigor, a Súmula nº 35 do TCESP prevê que, “em procedimento licitatório para aquisição de cartuchos de impressão e similares, é vedada a exigência de marca idêntica à dos equipamentos a que se destinam, exceto enquanto estes estiverem em período de garantia condicionada ao uso de insumos da mesma marca”. A vedação de marca ou produto só pode ocorrer quando estiver baseada em processo administrativo, mostrando que o produto antes adquirido ou utilizado pela Administração provocou o cumprimento insatisfatório das obrigações contratuais (art. 41, III, NLCC). Esse processo administrativo pode ser instaurado com base no relatório que avalia o desempenho e a performance durante a execução contratual (art. 88, § 3º, NLCC).

Na prestação de serviço, a descrição do objeto não pode consistir na delegação de atividades típicas da Administração Pública que envolvem a tomada de decisões ou o exercício do poder de polícia. A corroborar tal intelecção, a Instrução Normativa nº 05/2017 do governo federal proíbe a terceirização quando as funções envolverem poder de polícia, regulação, outorga de serviço público ou aplicação de sanção, quando as

⁶ Súmula nº 270/2012, TCU. Em licitações referentes a compras, inclusive de softwares, é possível a indicação de marca, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificativa.

atividades implicarem a tomada de decisão ou o posicionamento estratégico nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e, por fim, quando as tarefas forem essenciais para o domínio de processos, conhecimentos e tecnologias. Enquanto os serviços contínuos admitem “prorrogação-renovação” a cada exercício financeiro por consistirem em atividade-meio de caráter permanente que assegura a integridade do patrimônio público ou o funcionamento de atividades finalísticas, os serviços não-contínuos permitem apenas “prorrogação ampliação do prazo” pois o contratado deve cumprir uma tarefa específica até o prazo definido no contrato por escopo. Os serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra foram definidos como aqueles em que a empresa contratada disponibiliza seus empregados para ficarem nas dependências da contratante, sem compartilhar recursos humanos e materiais com outros clientes, permitindo que a Administração fiscalize o pessoal alocado na execução de seus contratos. Nestes casos, o gerenciamento dos riscos durante a execução contratual pode envolver o depósito mensal dos valores devidos para a contratada em conta específica, minimizando a possibilidade de responsabilização trabalhista e previdenciária.

Quanto à fundamentação da contratação (art. 6º, XXIII, b, NLCC), o termo de referência embasa o ajuste com base no estudo técnico preliminar. Se não for possível divulgar os estudos preliminares por motivos relevantes, como a segurança nacional e a manutenção da ordem, a fundamentação do ajuste requer a divulgação das partes que não contenham informações sigilosas. No governo federal, o Sistema TR Digital vincula esses documentos de forma automática, mas, quando tal sistema não for adotado pelos demais federativos, é necessário reproduzir todos os tópicos abordados no ETP, resgatando pelo menos os requisitos obrigatórios, pois eles definem os contornos mínimos do objeto (necessidade da contratação, quantidade prevista, valor estimado, análise do parcelamento e parecer conclusivo).

De acordo com a regulamentação federal e paulista, o ETP não precisa ser elaborado quando houver prorrogação dos contratos de execução continuada, contratação do objeto remanescente, dispensa de licitação por baixo valor, dispensa após licitação deserta ou fracassada, dispensa por motivo urgente de emergência ou calamidade e, por fim, dispensa por motivo imprevisível de guerra, estado de exceção ou perturbação da ordem. Nessas hipóteses, o termo de referência deve fundamentar a contratação com base em justificativa de mérito que traga a quantidade estimada, mostrando a previsão do ajuste

no Plano de Contratações Anual.⁷ Vale frisar que o alinhamento ao PCA deixa de ser medido facultativa para se transformar em providência obrigatória. Ela indica que a contratação não ocorre para atender às circunstâncias excepcionais que levaram à flexibilização da regra, mas para atender à necessidade preexistente que já constava do planejamento estatal. Isso se aplica inclusive à dispensa por motivo urgente de emergência ou de calamidade, porque, nestes dois casos, a contratação direta é uma solução urgente que evita a quebra de continuidade do serviço. A exceção fica por conta da dispensa por motivo de guerra, estado de exceção ou perturbação da ordem, pois a contratação direta, com dispensa de ETP e de licitação, é uma solução rápida para resolver situação anormal e imprevisível que foi provocada por esses eventos.

Quanto à descrição da solução como um todo (art. 6º, XXIII, c, NLCC), o termo de referência precisa contextualizar o objeto num quadro mais amplo de transversalidade e de sustentabilidade. Apesar de ser um requisito dispensável do ETP, essa providência é obrigatória durante a elaboração do termo de referência. Sobre o prisma da transversalidade, a resolução do problema identificado no ETP pode envolver o parcelamento do resultado pretendido em diversas contratações. Como o ETP pode resultar em várias licitações e contratações, é necessário que os respectivos termos de referência dialoguem entre si para otimizar a alocação dos recursos e evitar a repetição de bens e serviços, sobretudo na zona de intersecção entre dois contratos correlatos ou interdependentes. Sobre o prisma da sustentabilidade, a descrição da solução como um todo também precisa levar em conta o ciclo de vida do objeto a ser contratado, avaliando as exigências de manutenção e de assistência técnica. Para tornar mais eficiente a alocação dos recursos materiais, humanos e financeiros em favor do desenvolvimento sustentável, é preciso identificar as diferentes etapas que compõem o processo de fornecimento de bens ou de prestação de serviços, pensando na melhor maneira de resolver as externalidades negativas, como os problemas técnicos e os resíduos produzidos durante esse processo. Nesse sentido, o regulamento federal e o regulamento paulista dão preferência para os arranjos inovadores em sede de economia circular, estimulando, por exemplo, a reutilização, a reciclagem e a compostagem em favor da disposição final ambientalmente adequada.⁸

⁷ Vide: art. 9º, §§ 1º, 2º e 4º, da IN nº 81/2022; art. 6º, §§ 1º e 5º, do Decreto nº 68.185/2023 do Estado de São Paulo.

⁸ Vide: art. 9º, III, da IN nº 81/2022; art. 6º, III, do Decreto nº 68.185/2023 do Estado de São Paulo.

Quanto aos requisitos da contratação (art. 6º, XXIII, d, NLCC), o termo de referência deve indicar as condições necessárias para a celebração e execução do ajuste, sem perder de vista as características do objeto, os padrões de qualidade e as normas regulatórias, trabalhistas e ambientais. Apesar de ser requisito dispensável do ETP, essa providência é obrigatória durante a elaboração do termo de referência, pois interfere na formulação das propostas. Caso o ETP tenha abordado os requisitos do ajuste, o termo de referência deve atualizar e detalhar as condições necessárias de forma justificada e razoável, sem cair nos extremos da deficiência ou do excesso. De um lado, a falta de requisitos mínimos pode diminuir a qualidade dos serviços prestados ou dos bens fornecidos. Nesse sentido, a Administração pode condicionar a habilitação das licitantes à apresentação de certificado emitido por entidade registrada no Inmetro, reforçando a idoneidade do material e do corpo técnico (art. 17, § 6º, III, NLCC). Por outro lado, o excesso de requisitos pode afastar possíveis interessados. Por isso, é possível exigir apenas do primeiro colocado a demonstração de cumprimento de alguns requisitos exigidos no edital, sobretudo quando eles dizem respeito aos padrões de qualidade. Assim, na fase de julgamento, a Administração “poderá, em relação ao licitante provisoriamente vencedor, realizar análise e avaliação da conformidade da proposta, mediante homologação de amostras, exame de conformidade e prova de conceito, entre outros testes de interesse da Administração, de modo a comprovar sua aderência às especificações definidas no termo de referência ou no projeto básico” (art. 17, § 3, NLCC). Nestes casos, é obrigatório conceder prazo razoável para o cumprimento dessas diligências, sob pena de levar à desclassificação indevida de vários licitantes. Os requisitos da contratação remetem a outros três elementos do termo de referência, quais sejam, o modelo de execução do objeto, o modelo de execução do contrato e os critérios de medição e de pagamento.

Nesse sentido, o termo de referência precisa expor o modelo de execução do objeto (art. 6º, XXIII, e, NLCC), indicando como o contrato deverá produzir os resultados pretendidos desde o início até o encerramento. Além do local e do prazo de execução, com as datas de início e de conclusão, é importante detalhar as etapas, os processos, os métodos e as tecnologias empregadas durante a realização dos trabalhos, explicando como os recursos materiais, humanos e financeiros serão transformados nos bens ou serviços contratados. O documento também deve especificar o modelo de gestão do contrato (art. 6º, XXIII, f, NLCC), descrevendo como a execução do objeto será

acompanhada e fiscalizada pelo órgão ou entidade. Além de definir os fiscais da contratante e os prepostos da contratada, é oportuno especificar os meios de comunicação oficial entre as partes, as formas de registrar as principais ocorrências, os roteiros de fiscalização (com a lista dos principais itens a serem checados periodicamente) e os papéis de cada parte no monitoramento constante do ajuste e no gerenciamento dos riscos, sobretudo daqueles já identificados no ETP.

O termo de referência também precisa estabelecer os critérios de medição e pagamento (art. 6º, XXIII, g, NLCC), que estão diretamente relacionados às condições de recebimento. O artigo 62 da Lei nº 4.320/1964 estipula que o pagamento da despesa somente será ordenado após a regular liquidação. Longe de se restringir ao exame meramente formal dos documentos que comprovam a execução de objeto, a verificação do direito adquirido pelo credor depende do cumprimento satisfatório e tempestivo das obrigações pactuadas. Assim, é vedada a liberação automática de parcelas mensais apenas com base nas notas fiscais que foram emitidas pela contratada, sem a prévia conferência e avaliação dos bens fornecidos ou dos serviços prestados. Nesse sentido, é necessário definir a periodicidade das medições, a forma de mensurar a quantidade dos trabalhos e o modo de avaliar a qualidade dos itens, levando em conta as especificações definidas no edital e na proposta. Também é conveniente definir os indicadores de desempenho, pois eles permitem a análise da performance contratual (art. 88, § 3º, NLCC). A conformidade do objeto executado de acordo com as exigências técnicas e contratuais permite o recebimento da prestação e o pagamento da contraprestação dentro de prazo razoável. Por outro lado, o descumprimento dos critérios e indicadores denotam a inexecução total ou parcial das obrigações, podendo levar à imposição de penalidades e à rescisão do contrato.

Quanto a formas e critérios de seleção do fornecedor (art. 6º, XXIII, h, NLCC), o termo de referência traz informações relevantes sobre o objeto específico e a solução como um todo que repercutem nos modelos de execução e de gestão, nos requisitos de contratação e nas formas de seleção. Se a solução ou o objeto não estiverem amadurecidos, o termo de referência pode levar à licitação na modalidade do diálogo competitivo para buscar a ajuda do mercado na identificação de respostas alternativas. Por outro lado, se o termo de referência alcançar a definição satisfatória do objeto e do processo necessário para alcançar o resultado pretendido, é preciso verificar a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade ou dispensa de licitação. Há

competição inviável, licitação faticamente inexigível e contratação direta quando o objeto envolver empresas credenciadas, fornecedor exclusivo, profissional artístico, serviço de natureza predominantemente intelectual ou aquisição de imóvel necessário (art. 74, NLCC). Há competição viável, licitação juridicamente dispensada e contratação direta nas hipóteses taxativas que buscam, por exemplo, otimizar os custos da máquina governamental, satisfazer a demanda em situações anormais ou utilizar a contratação para promover determinadas políticas públicas, como a segurança nacional, a estabilização dos preços e a inovação tecnológica. Excluída a contratação direta, é oportuno verificar se o objeto comporta adesão à ata de registro de preços ou licitação para novo registro de preços, gerando o compromisso de futuras contratações nas condições predefinidas no edital. Não sendo este o caso, é necessário realizar uma licitação específica, considerando o tipo de objeto, solução, execução e gestão contratual.

No processo licitatório, as regras de participação, competição e seleção variam de acordo com o objeto definido no termo de referência. Se os bens ou serviços são contínuos, se eles podem ser aglutinados ou fragmentados, se eles são comuns ou especiais, se eles comportam parcela de maior relevância para fins de capacidade técnica, se os bens são para compra ou locação, se os serviços são de natureza predominantemente intelectual, se os serviços farão uso predominante de mão de obra, todas essas circunstâncias a modalidade do certame (pregão, concorrência, concurso, leilão e diálogo competitivo), a forma de licitação (eletrônica ou presencial), o modo de disputa (aberto, fechado ou combinado), o critério de julgamento (menor preço, maior desconto, melhor técnica ou conteúdo artístico, técnica e preço, maior lance, maior retorno econômico), a forma de adjudicação (global ou por lote) e a eventual inversão motivada das fases. A licitação deve ser julgada por critério de técnica e preço sempre que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas superarem os requisitos mínimos do edital e forem relevantes para os fins públicos. Isto significa que os requisitos mínimos de capacitação técnica não se confundem com os requisitos de pontuação técnica, sendo proibida a atribuição de pontos para os atestados ofertados para fins de demonstração da capacidade técnica. Os contornos materiais do objeto também repercutem, nos requisitos de habilitação, de capacitação e de qualificação, na eventual apresentação de certificados, nas condições da subcontratação, na participação de consórcios, cooperativas, microempresas e empresas de pequeno porte, na fixação de margem de preferência, nos critérios de desempate, nos critérios de aceitabilidade da proposta econômica (preço

máximo unitário e preço máximo global) e, por fim, na avaliação da proposta técnica, com a possível exigência de apresentação de amostras ou de realização de prova conceito pelo primeiro classificado dentro de prazo razoável a ser fixado no ato convocatório.

Quanto às estimativas do valor da contratação (art. 6º, XXIII, i, NLCC), o termo de referência deve conter o orçamento estimado dos itens que compõem o objeto a ser contratado. Esta é a régua que define, em termos financeiros, o equilíbrio sinalagmático entre a prestação realizada pela contratada e a contraprestação devida pela Administração. Por isso, o orçamento estimado é um documento basilar que acompanha o plano de contratações anual, o estudo técnico preliminar, o termo de referência, o projeto básico, o ato convocatório, o instrumento contratual e os termos aditivos de repactuação dos valores. Nesse sentido, o termo de referência serve para refinar e revisar os valores anteriormente definidos pelo estudo técnico preliminar, calculando o orçamento estimado com base na planilha de preços unitários referenciais, nas memórias de cálculo e nos documentos afins. É necessário indicar os parâmetros utilizados para obter os preços e calcular os valores, devendo constar de documento separado e classificado. Na orçamentação de bens e serviços, a obtenção dos preços considera as fontes definidas pelo artigo 23, § 1º, da Lei n.º 14.133/2021, levando em conta os sistemas oficiais do governo, as tabelas de referência ou publicações especializadas, os contratos similares, as notas fiscais emitidas e, por fim, a pesquisa direta junto a três empresas. O valor estimado permite verificar a adequação orçamentária (art. 6º, XXIII, j, NLCC), viabilizando o empenho das dotações necessárias para custear os gastos oriundos da contratação durante o exercício financeiro. De acordo com a regulamentação federal e paulista, a adequação orçamentária não é necessária na licitação destinada a registro de preços, porque, neste caso, a data da futura contratação é incerta, de modo que o empenho só ocorre após a emissão da ordem de serviço.⁹

3. PLANEJAMENTO DEFINITIVO POR MEIO DO PROJETO BÁSICO

No que tange ao projeto básico, o documento serve para instruir a contratação de obras e serviços de engenharia, dois conceitos que mudaram significativamente. De

⁹ Vide: art. 9º, inciso X, da IN nº 81/2022; art. 6º, inciso X, do Decreto nº 68.185/2023 do Estado de São Paulo.

acordo com a Lei n.º 8.666/1993, obra era toda atividade de execução direta ou indireta que implicava construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, ao passo que serviço era toda atividade destinada a obter certa utilidade para a Administração, incluindo demolição, montagem, transporte, operação, conservação, reparação e manutenção. Tais expressões foram definidas e ilustradas pelo Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas (IBRAOP) na Orientação Técnica IBR 002/2009, remetendo, por exemplo, às obras de construção e aos serviços de reparação de edifícios, rodovias, túneis, linhas de transmissão, barragens e muros de arrimo. Os serviços de engenharia também envolvem as atividades de paisagismo e sinalização de vias, os sistemas de ventilação, climatização, iluminação, sonorização, telefonia, internet, combate a incêndios, controle de acessos, bem como as instalações elétricas, hidrossanitárias, elevadores e escadas rolantes.

Por sua vez, a Lei n.º 14.133/2021 adotou outros parâmetros para definir esses conceitos. Obra é toda atividade privativa de arquiteto ou de engenheiro que leva à intervenção no meio ambiente por meio do conjunto harmônico de ações que inova o espaço físico ou altera substancialmente as características originais de um imóvel (*art. 6º, XII*). Serviço de engenharia é toda atividade privativa de arquiteto ou engenheiro que não se enquadre no conceito de obra, que preserve as características originais de bem móvel ou imóvel e que envolva manutenção, adequação e adaptação, compreendendo tanto os serviços comuns com padrões objetivos de desempenho e de qualidade, quanto os serviços especiais de alta heterogeneidade ou complexidade (*art. 6º, XXI, NLCC*). O foco desses conceitos descolou-se do processo para o resultado final, ao mesmo tempo em que as atividades que compõem o processo de uma obra ou de um serviço de engenharia foram definidas em função daqueles que estão legalmente habilitados a executá-las. Como ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (*art. 5º, II, CF/88*), as atividades restritas aos profissionais de engenharia e da arquitetura não podem ser definidas por meio de resoluções, portarias ou outros atos infralegais, devendo observar as leis que regulamentam tais profissões, como a Lei nº 5.194/1966 e a Lei n.º 12.378/2010.

Se, por um lado, os conceitos de obra e serviço de engenharia mudaram significativamente, de outro, o conceito de projeto básico não sofreu alterações. Consiste no conjunto de elementos necessários e suficientes, com o nível de precisão adequado

para definir e dimensionar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou serviços licitados, elaborado com base nas indicações do ETP, que assegure viabilidade técnica e adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução (art. 6º, XXV, NLCC). Segundo a Orientação Técnica IBR 001/2006 do IBRAOP, projeto básico é o conjunto de desenhos, memoriais descritivos, especificações técnicas, orçamento, cronograma físico-financeiro e demais elementos técnicos que servem para caracterizar a obra ou o serviço de engenharia. Enquanto o desenho faz a representação gráfica do objeto por meio de plantas, cortes, elevações e esquemas em escala adequada, o memorial descritivo traz a descrição detalhada do objeto com justificativa para as soluções técnicas adotadas, cabendo às especificações técnicas descrever as regras e condições de execução, com a individualização dos materiais, equipamentos, elementos componentes, sistemas construtivos e critérios de medição. O orçamento avalia o custo total da obra ou do serviço com base numa planilha de custos e serviços que traz a quantidade estimada e a composição dos custos unitários. Por sua vez, o cronograma físico-financeiro é a representação gráfica que indica a evolução das tarefas e o valor despendido. Esses elementos constitutivos variam conforme o tipo de obra ou serviço, como no caso das edificações, das obras rodoviárias e da pavimentação urbana. Por exemplo, as obras rodoviárias exigem projetos de desapropriação, geométrico, terraplanagem e drenagem, cada qual com seus desenhos e memoriais descritivos. Sob o prisma legal, a Lei nº 14.133/2021 praticamente produziu os elementos constitutivos do projeto básico que já constavam da Lei nº 8.666/1993, acrescentando os levantamentos iniciais.

Quanto aos levantamentos iniciais, o projeto básico deve ser instruído com levantamentos topográficos e cadastrais, sondagens e ensaios geotécnicos, ensaios e análises laboratoriais, estudos socioambientais e demais dados necessários para executar a obra (art. 6º, XXV, a, NLCC). O levantamento topográfico e cadastral indica local da obra, desnível do solo, proximidade de outras estruturas (edificações, vias públicas, redes, tubulações) e situação cadastral do terreno (registro imobiliário, propriedade, regularidade fiscal), fundamentando as desapropriações e as visitas técnicas com base nas condições empíricas do terreno. Nesse sentido, o edital pode exigir a realização de visita técnica pelos licitantes interessados na fase de habilitação, sob pena de inabilitação. Mas, para tanto, é necessário justificativa no estudo técnico preliminar ou no projeto básico, demonstrando a necessidade de conhecimento pleno das condições e das peculiaridades

do local da obra. Para não prejudicar a ampla competitividade, a visita técnica pode ser substituída por declaração assinada pelo responsável técnico do licitante, não se admitindo a cobrança de taxas, nem a previsão de data única (art. 63, § 2º, NLCC). Assim, a visita técnica é uma faculdade conferida aos licitantes para ajudá-los na formulação das propostas, não servindo para suprir falhas do projeto básico, sobretudo no que tange aos levantamentos. Nesse sentido, o Manual de obras e serviços de engenharia do TCESP alerta que, “a visita não serve para preencher lacunas de informações que deveriam constar do projeto básico para caracterizar a obra em nível de precisão adequado, em especial, conforme requisitos do art. 6º, inciso XXV, da Lei Federal nº 14.133/2021”.¹⁰

A sondagem geotécnica e o exame laboratorial revelam as condições do terreno onde a obra será realizada, mostrando o tipo de solo e a profundidade das águas. Essas informações direcionam a escolha técnica das fundações, dos materiais e dos sistemas construtivos. A título ilustrativo, o solo argiloso favorece fundações rasas por ser denso e compacto, mas o solo arenoso pode justificar fundações de concreto armado ou estacas metálicas para compensar sua alta permeabilidade. Entre a argila e a areia, o solo siltoso é suscetível à erosão nos períodos de seca e à formação de lama nas épocas de chuva. Numa contratação pública, o estudo precário das condições do solo pode provocar a paralisação da obra nas épocas de chuva, a revisão do projeto básico devido à descoberta tardia de falhas geológicas, a compensação indevida de acréscimos e supressões para evitar a extrapolação dos limites de alteração contratual, além do descumprimento dos prazos pactuados.

Dada a necessidade de observar a legislação ambiental, urbanística e de resíduos sólidos, os estudos socioambientais que acompanham o projeto básico são relevantes nas licitações de obras e serviços de engenharia, pois elas devem mitigar os danos ambientais, reduzir o consumo de energia e recursos naturais, avaliar o impacto de vizinhança, garantir o acesso de pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, além de proteger o patrimônio histórico, cultural, arqueológico e imaterial (art. 45, NLCC). Assim, os estudos socioambientais fundamentam as especificações técnicas do objeto e as previsões do edital que buscam cumprir essas obrigações, repercutindo nas regras de participação,

¹⁰ BRASIL, TCESP. Manual de Obras e Serviços de Engenharia do TCESP, 2024, p. 140. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/publicacoes/MANUAL%20%20Obras%20e%20servi%C3%A7os%20engenharia%20-%20Aspectos%20t%C3%A9cnicos%20e%20TCESP.pdf>. Último acesso: 04. Out.2024.

de seleção e de contratação. Isso fica evidente quando a execução do contrato causar poluição ou degradação ambiental de forma efetiva ou potencial. Quanto às regras de participação, os licitantes precisam demonstrar o cumprimento dos requisitos previstos em lei especial (art. 67, IV, NLCC), de modo que possam assumir obrigações em setores específicos do mercado (art. 66, NLCC), como a construção civil e o saneamento básico. Se o funcionamento das empresas que atuam nesses setores depende de licença ambiental, com mais razão elas somente podem participar das licitações e contratações se comprovarem previamente o atendimento das condições jurídicas e técnicas. Exigir a comprovação desses requisitos apenas do vencedor pode estimular a competição desigual entre *regular players* e *irregular players*. Quanto às regras de seleção, os estudos ambientais influenciam o julgamento das propostas nas licitações por menor preço, por maior desconto ou por técnica e preço, pois elas também devem considerar os custos indiretos com o impacto ambiental do objeto licitado (art. 34, § 1º, NLCC). Quanto às regras de contratação, os estudos ambientais fornecem subsídios técnicos para que a remuneração do contratado varie em função dos critérios de sustentabilidade ambiental (art. 144, NLCC).

Os impactos ambientais e as medidas mitigadoras podem ser esboçados no ETP (art. 18, § 1º, XII, NLCC), com posterior refinamento pelo projeto básico, podendo concluir pela necessidade de licenciamento ambiental. Se o projeto, a obra e o empreendimento poluírem ou degradarem o meio de ambiente efetiva ou potencialmente, será necessário instaurar processo de licenciamento ambiental junto às autoridades competentes para autorizar a construção, a instalação, a ampliação e o funcionamento dos estabelecimentos e das atividades, nos termos estabelecidos pela Lei nº 6.938/1981 (PNMA) e pela Resolução CONAMA nº 237/1997. Esse processo serve para obter a Licença Prévia antes de concluir o planejamento, a Licença de Instauração antes da obra e a Licença de Operação antes do funcionamento. O pedido de licença ambiental precisa ser instruído com estudos e relatórios que elaborados por responsável técnico, a exemplo do estudo ambiental simplificado, do relatório ambiental preliminar e do estudo e relatório de impacto ambiental (EIA/RIMA). O artigo 2º da Resolução CONAMA nº 01/1986 traz uma lista de empreendimentos que exigem licenciamento ambiental, como rodovias, aeroportos, aterros sanitários, usinas elétricas e barragens. O artigo 6º dessa resolução estipula que o estudo do impacto ambiental deve conter o diagnóstico ambiental, a análise dos impactos e alternativas, a definição das medidas mitigadoras e o programa de

acompanhamento e monitoramento dos impactos, abrindo caminho para o plano de manejo e o plano de recuperação da área degradada.

Os levantamentos iniciais do projeto básico podem indicar a necessidade de desapropriação prévia e de obtenção de licenciamento ambiental. As duas providências podem ser atribuídas para o contratado, desde que o edital preveja expressamente tal responsabilidade (art. 25, § 5º, NLCC). Assim, os licitantes interessados podem considerar o custo e o tempo dessas providências na formulação da proposta. Quanto à desapropriação, o Poder Público permanece responsável pela fase declaratória, com a necessidade de expedir o ato de declaração de utilidade pública do imóvel, ao passo que o contratado pode ficar responsável pela fase executória, cabendo-lhe pagar o valor da indenização mediante acordo ou ação judicial. Quanto ao licenciamento ambiental nas obras e nos serviços de engenharia, a licença prévia deve preceder a divulgação do edital quando o Administração for responsável pelo licenciamento (art. 115, § 4º, NLCC). Esse dispositivo precisa ser interpretado com cautela, pois o contratado somente pode ficar responsável pela licença prévia no regime de contratação integrada. Afinal, nesse caso, ele também é responsável pela elaboração do projeto básico com base no anteprojeto. Nos demais regimes de execução indireta, a obtenção da licença prévia não pode ser delegada para o contratado, pois ele não participa do planejamento feito pela Administração ao elaborar o estudo técnico preliminar e o projeto básico. Ademais, as autoridades ambientais podem condicionar a concessão da licença prévia a modificações do projeto básico ou do local da obra, sem que o contratado tenha poderes para realizar tais adequações. Para corroborar, o contratado não pode ficar responsável pela licença prévia, porque a divulgação do edital, a realização do certame e a celebração do ajuste sequer podem ocorrer sem a conclusão do planejamento definitivo, vale dizer, sem a conclusão do projeto básico. Esse documento só pode ser concluído depois de incorporar os requisitos básicos e os condicionantes impostos pela licença prévia.

Quanto às soluções técnicas, o projeto básico precisa indicar as soluções técnicas, globais e localizadas, de maneira suficientemente detalhada para evitar reformulações ou variações de qualidade, preço e prazo durante a elaboração do projeto executivo e a realização das obras e da montagem (art. 6º, XXV, b, NLCC). As soluções técnicas consistem nas representações gráficas do objeto, contendo os memoriais, as especificações, os cadernos técnicos e os levantamentos. A forma e o conteúdo do projeto

básico variam de acordo com as características do empreendimento, da solução, do objeto e do local de execução. Por isso não é possível dar a mesma abordagem técnica e o mesmo tratamento jurídico para todos os casos. Por exemplo, a probabilidade de ocorrer situações imprevisíveis que permitem a alteração do projeto básico e a celebração de aditamentos contratuais é muito maior na construção de um túnel debaixo do leito do rio em comparação com a pavimentação asfáltica de estrada preexistente que cortava terreno plano de solo argiloso. Nesse sentido, a referência legal à necessidade de evitar reformulações ou variações coloca em xeque, de antemão, os termos aditivos que são celebrados durante a execução do objeto com o objetivo de corrigir lacunas ou falhas que poderiam ter sido evitadas, caso não fosse o planejamento lacônico das obras e dos serviços de engenharia. Assim, a regularidade dos aditamentos contratuais que modificam os contornos da solução ou do objeto depende de justificativa da Administração, indicando a ocorrência de fatos supervenientes de caráter imprevisível, que não poderiam ter sido previamente considerados no projeto básico de acordo com o critério do profissional médio.

Com base nas soluções escolhidas (*outcomes*), o projeto básico deve realizar a descrição detalhada do objeto (*outputs*). Para tanto, o memorial descritivo e a especificação técnica precisam identificar os tipos de serviços, materiais e equipamentos que serão empregados em forma de texto com linguagem simples, especificando a quantidade a qualidade dos itens. Na construção de um edifício, por exemplo, é necessário detalhar os materiais e os equipamentos que serão utilizados na construção da parte estrutural, na instalação das redes de água, esgoto, energia elétrica, na drenagem pluvial, no paisagismo, dentre outros itens que constam da Orientação Técnica IBR 001/2006 do IBRAOP. Essa descrição deve seguir os critérios da proporcionalidade, pois é necessário buscar o melhor resultado e a segurança esperada, conforme os riscos e os perigos identificáveis, sem frustrar o caráter competitivo (art. 6º, XXV, c, NLCC). Para realizar todas essas tarefas, o executor da obra precisa seguir as diretrizes técnicas e administrativas que constam do **caderno de encargos** (*processo*), levando em conta os dados fornecidos no projeto básico para a definição dos métodos construtivos, das instalações provisórias e das condições de organização da obra (art. 6º, XXV, d, NLCC). O caderno de encargos estabelece, por exemplo, os procedimentos de trabalho, de segurança e de higiene, como o fornecimento de EPI e o recolhimento dos entulhos, definindo, ainda, as instalações necessárias para realizar a obra, como a ligação provisória

de água, esgoto e energia elétrica, a instalação de cercas e placas de identificação da obra, o escritório do contratado, o depósito dos materiais e equipamentos, o banheiro, o vestiário e o refeitório dos funcionários.

Além disso, o projeto básico deve conter o orçamento detalhado do custo global da obra com base na quantidade estimada de bens e serviços (*inputs*), de modo a orientar a formulação das propostas e a adequação orçamentária. Esse detalhamento analítico das quantidades e dos custos é obrigatório nas contratações executadas pelo regime de empreitada por preço unitário, empreitada por preço global, de empreitada integral, de contratação por tarefa e de fornecimento com prestação de serviço associado (art. 6º, XXV, f, NLCC). Esse detalhamento é dispensado na contratação integrada e na contratação semi-integrada, porque, nesses dois casos, o contratado participa do planejamento da obra, seja ao elaborar o projeto básico e o projeto executivo na contratação integrada, seja ao elaborar o projeto executivo na contratação semi-integrada. Concluído o julgamento da licitação, o licitante vencedor precisa ajustar o valor final da sua proposta comercial ao orçamento estimado da Administração. Para tanto, é necessário reelaborar a planilha orçamentária de quantidades e custos unitários, com o detalhamento analítico dos encargos sociais e custos indiretos (BDI), balizando as medições e os pagamentos no futuro. Esse detalhamento analítico também é necessário nos regimes de contratação integrada, contratação semi-integrada, empreitada integral e empreitada por preço global, que são licitados por preço global, mas os preços unitários não são computados para fins de medição e pagamento, servindo apenas para alterações indispensáveis do cronograma físico-financeiro e para os aditamentos excepcionais do contrato (art. 56, § 5º, NLCC).

Em conjunto com os levantamentos iniciais, todas as informações técnicas sobre a solução, o objeto, o processo de execução das tarefas e o custo estimado da obra permitem que os interessados compreendam as finalidades do empreendimento e as características dos materiais, equipamentos e serviços em termos de qualidade, quantidade e custo, fornecendo dados importantes sobre o tempo e o modo de realização do objeto. Mas, além desta parte técnica com plantas, desenhos, memoriais, orçamento estimado e cronograma físico-financeiro, o projeto básico também precisa fornecer os subsídios necessários para montar o plano de licitação e o plano de gestão da obra, levando em conta a programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização

e outras informações adequadas (art. 6º, XXV, e, NLCC). De certa forma, esse enunciado condensou os elementos constitutivos do projeto básico que fundamentam as regras de licitação, de contratação, de execução e de gestão contratual, na mesma linha definida para o termo de referência. Quanto às regras de licitação, o documento precisa justificar o objetivo do ajuste, a aglutinação ou o parcelamento, a classificação do objeto como obra ou serviço especial de engenharia. Com isso, será possível estabelecer, por exemplo, a forma de seleção, os critérios de julgamento, de pontuação técnica e de aceitabilidade dos preços, os requisitos de habilitação técnica e de qualificação econômica e as condições de subcontratação e de participação de empresas em consórcio.

Quanto às regras de contratação e de execução, o projeto básico viabiliza o cálculo da vigência contratual, a definição das formas de reajustamento, a distribuição dos riscos, a previsão de garantias e seguros, além de indicar o local e o prazo de execução, a estratégia de suprimentos e a programação da obra com base no cronograma. Quanto às regras de gestão contratual, o projeto básico fundamenta as regras de fiscalização, as regras de *as built* (elaboração da planta final com as alterações realizadas) e, por fim, os critérios de medição, recebimento e pagamento. Como a licitação é realizada por preço global nos regimes de contratação integrada, contratação semi-integrada, empreitada integral, empreitada por preço global e contratação por tarefa, a remuneração do contratado não está atrelada à quantidade de itens unitários que foram executados mensalmente. Afinal, o pagamento somente pode ocorrer após a conclusão de cada etapa prevista do cronograma físico-financeiro, vale dizer, somente após o cumprimento das metas fixadas no eventograma que traz uma tabela com os percentuais predefinidos de pagamento.

Expostos os elementos constitutivos do projeto básico, vale ressaltar que a configuração dessa peça técnica varia conforme o regime de execução indireta, levando em conta a finalidade da contratação e o tipo de objeto. Nos regimes de empreitada integral e de fornecimento e prestação de serviço associado, a finalidade da contratação consiste em buscar a participação mais expressiva do contratado na realização de todas as tarefas que são necessárias para viabilizar o funcionamento do serviço ou da atividade, como ocorre na implantação e na operação de um *call center* para o agendamento de consultas e exames pelos usuários da rede pública de saúde. Na empreitada integral, a Administração começa a operação depois de tudo pronto (*turn key*), pois o contratado

realiza a obra, faz as instalações necessárias, fornece os equipamentos e obtém as autorizações exigidas, observando todos os requisitos técnicos e legais de segurança estrutural e operacional (art. 6, XXX, NLCC). Por sua vez, o fornecimento com prestação de serviço associado vai além, porque o contratado também fica responsável pela operação ou também pela manutenção do empreendimento por certo período (art. 6, XXXIV, NLCC). Depois de concluir o objeto, com a entrega da obra ou o fornecimento final dos equipamentos, o contratado pode realizar os serviços de operação e de manutenção pelo prazo de cinco anos, com possível prorrogação até dez anos (art. 113, NLCC). Nesses dois regimes de execução indireta, a Administração Pública conta com o apoio expressivo do contratado para satisfazer a necessidade pública, mas a concepção do empreendimento como um todo permanece sob seu encargo, incumbindo-lhe a elaboração do projeto básico e do projeto executivo.

Na contratação integrada e na contratação semi-integrada, o contratado é responsável por elaborar projetos, além de executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias para a entrega final do objeto (art. 6º, XXXII e XXXIII, NLCC). Nos dois casos, a matriz de risco é requisito obrigatório do edital, porque o contratado assume os riscos associados às decisões tomadas na hora de elaborar os projetos (art. 22, §§ 3º e 4º, NLCC). Além disso, o edital e o contrato podem delegar para o contratado o ônus de executar a desapropriação já autorizada pelo Poder Público, mas será necessário definir o custo estimado, o responsável pelo pagamento da indenização, o nome a constar do registro imobiliário e a distribuição dos riscos entre as partes, incluindo a diferença do valor desembolsado e o prejuízo causado pelo atraso (art. 46, § 4º, NLCC).

Na contratação semi-integrada, a licitação é realizada com base no projeto básico da Administração, cabendo ao contratado elaborar o projeto executivo. Depois da licitação, a Administração pode autorizar a alteração do projeto básico se o contratado demonstrar a superioridade das inovações por ele propostas com diminuição de custos, aumento da qualidade, redução do prazo de execução ou facilidade de manutenção ou operação, mas ele fica responsável pelos riscos associados à modificação (art. 46, § 5º, NLCC). Na contratação integrada, a licitação é feita com base no anteprojeto da Administração, cabendo ao contratado elaborar o projeto básico e o projeto executivo. Como não há dados suficientes para realizar o orçamento detalhado, o anteprojeto pode

se basear em orçamento sintético ou em estimativas paramétricas, observando os valores praticados pelo mercado ou os valores pagos pelo governo em obras ou serviços similares. Após a elaboração do projeto básico pelo contratado, a Administração precisa aprovar os desenhos, os memoriais, as especificações técnicas e o cronograma físico-financeiro com base nas regras do edital e nas normas técnicas, mas ele continua responsável pelos riscos associados ao projeto básico (art. 46, § 3º, NLCC).

Na empreitada por preço unitário e na empreitada por preço global, a definição do regime depende do objeto. A empreitada por preços unitários é indicada quando a quantidade de materiais, equipamentos e funcionários variar significativamente durante a execução, impedindo o cálculo dos quantitativos com precisão. Essa situação pode ocorrer, por exemplo, na construção de edifício em terreno movediço ou na reforma de prédio histórico sem planta disponível. Como é esperada uma certa divergência entre a quantidade estimada e a quantidade executada, a Administração paga apenas por aquilo que foi efetivamente realizado com base nos preços unitários que orientam a medição e o pagamento, justificando a remuneração do contratado por preço certo de unidades determinadas (art. 6º, XXVIII, NLCC). Por sua vez, a empreitada por preço global é recomendada quando não houver alteração expressiva no número de itens que serão empregados na execução, viabilizando a remuneração do contratado por preço certo e total (art. 6º, XXIX, NLCC). O projeto básico precisa detalhar todos os componentes e definir todas as quantidades com precisão, porque a medição e o pagamento são realizados após a conclusão de cada etapa definida no cronograma físico-financeiro, sem a contagem minuciosa dos itens, servindo os preços unitários apenas para orientar as alterações indispensáveis do cronograma e os aditamentos excepcionais (art. 56, § 5º, NLCC). Segundo o Manual de Obras e Serviços de Engenharia do TCESP, “os riscos de eventuais incorreções nos levantamentos de quantitativo de itens de serviço, em regra geral, devem ser assumidos pela contratada, reduzindo as possibilidades de aditivos que sejam consequência de variações nos quantitativos de serviços”.¹¹

Além do projeto básico, o planejamento definitivo das obras e dos serviços de engenharia também pode se valer de outras peças técnicas como o anteprojeto, o projeto executivo e o próprio termo de referência. Em comum, essas peças contêm informações

¹¹ BRASIL, TCESP. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Manual de Obras e Serviços de Engenharia, aspectos técnicos. São Paulo, 2024, p. 34.

a respeito do objeto, mas elas variam conforme a complexidade do caso. O termo de referência traz informações básicas que viabilizam a contratação de obras e serviços de engenharia nos casos mais corriqueiros, como a reforma de um edifício ou a instalação de um elevador, pois a especificação do objeto não depende de ferramentas ou projetos mais sofisticados, mas o ETP precisa mostrar a inexistência de prejuízo para a aferição dos padrões de desempenho e de qualidade (art. 18, § 3º, NLCC). O projeto básico contém informações suficientes que são extraídas de estudos, levantamentos e sondagens, permitindo a elaboração de plantas, memoriais, especificações técnicas e cadernos de encargos. O projeto executivo abriga informações complementares que são necessárias para a conclusão da obra, detalhando as soluções previstas no projeto básico com a identificação e a especificação técnica dos serviços, materiais e equipamentos (art. 6º, XXVI, NLCC).

Por fim, o anteprojeto traz informações mínimas para a elaboração do projeto básico pelo contratado no regime de contratação integrada. Depois de explicar a necessidade pública, avaliar a demanda, estimar o investimento e fixar os parâmetros de economia na utilização, de facilidade na execução, de impacto ambiental e de acessibilidade, o anteprojeto propõe uma concepção do objeto, com o traçado geométrico e a estética do projeto arquitetônico, indicando os prazos de entrega e as condições de solidez, segurança e durabilidade. A peça deve ser instruída com estudo preliminar, levantamento topográfico e cadastral, pareceres de sondagem e memorial descritivo, contendo elementos de edificação, componentes construtivos e materiais de construção (art. 6º, XXIV, NLCC). Prudência é a palavra-chave na hora de escolher a peça mais adequada para cada caso. Se, por um lado, não é eficiente despender tempo e dinheiro para fazer o projeto básico de obra ou serviço com padrões usuais de desempenho e de qualidade que poderiam ser aferidos pelo termo de referência, de outro lado, não é adequado utilizar o termo de referência para contratar objeto mais complexo que exigiria a realização de levantamentos, sondagens e estudos socioambientais, utilizando novas ferramentas tecnológicas como o BIM, o *Building Information Modeling*, também conhecido Modelagem da Informação da Construção (art. 19, § 3º, NLCC).

A Administração é responsável por elaborar todas essas peças técnicas, com exceção do projeto executivo na contratação semi-integrada e dos projetos básico e executivo na contratação integrada, que são de responsabilidade do futuro contratado. Nas

entrelinhas, o artigo 14 da Lei nº 14.133/2021 abriu a possibilidade de terceirizar a elaboração do anteprojeto, do projeto básico e do projeto executivo ao prever que o autor e a empresa responsáveis não podem participar da licitação e da execução contratual, sem prejuízo do apoio dado durante o planejamento, o certame e a fiscalização do ajuste sob a supervisão de agentes públicos. Para terceirizar a elaboração desses documentos, a Administração precisa justificar e demonstrar que não consegue levantar todas as informações necessárias para a contratação de engenharia, seja porque ela não dispõe de equipe técnica, seja porque a análise do objeto escapa às atribuições habituais de seus agentes, envolvendo serviços técnicos de natureza predominantemente intelectual que podem ser contratados mediante licitação ou inexigibilidade, desde que reste comprovada a notória especialização do projetista (art. 74, III, a, NLCC). A terceirização dessas providências não afasta a responsabilidade da Administração por problemas atrelados ao planejamento deficitário, como a celebração de futuro termo aditivo para acrescentar quantitativos acima do limite legal, visando a sanear falhas preexistentes no anteprojeto, no projeto básico e no projeto executivo. Nesta hipótese, aplica-se a responsabilidade subjetiva por *culpa in eligendo* ou por *culpa in vigilando*, devido à falta de perícia ou à negligência por parte da equipe técnica, segundo o critério do profissional médio, cabendo à Administração Pública o direito de regresso para buscar o ressarcimento dos danos junto ao projetista responsável.

CONCLUSÃO

Como visto ao longo do artigo, a fase preparatória do planejamento definitivo pressupõe a elaboração do termo de referência e do projeto básico. Trata-se de duas valiosas ferramentas gerenciais que definem os contornos do objeto em termos técnicos, quantitativos e financeiros, indicando as características dos itens componentes, as quantidades estimadas e os valores previstos para o ajuste. Esses dois documentos fornecem subsídios para que sejam definidos os modelos de execução do objeto e de gestão do contrato, balizando os requisitos de contratação, a reavaliação dos riscos, a refinamento do orçamento estimado e a posterior formulação das propostas pelos licitantes. Assim, o termo de referência e o projeto básico servem para revisar, refinar e aprofundar aqueles os pontos *a priori* delineados nos estudos e levantamentos preliminares, revelando a existência de conexão objetiva teleológica entre os requisitos

obrigatórios, dispensáveis e adicionais do ETP e os elementos básicos do termo de referência ou do projeto básico. Dada a necessidade de manter certa coerência entre o planejamento inicial e o planejamento definitivo, eventuais alterações substanciais nos contornos do objeto devem ser justificadas tanto no termo de referência, quanto no projeto básico. A título ilustrativo, não é possível modificar a solução inicial, passar do parcelamento para a aglutinação do objeto ou alterar drasticamente as quantidades e os valores sem fundamentar e comprovar os motivos técnicos, jurídicos ou financeiros.

No final do planejamento definitivo, é possível que o termo de referência ou o projeto básico consiga definir as necessidades e as exigências a Administração Pública por meio de critérios objetivos, mas ainda não consiga detalhar os meios necessários para alcançar o resultado visado. Isso pode acontecer quando a definição ou a execução do objeto depende de outras especificações técnicas, de inovações tecnológicas, de modificações nas soluções disponibilizadas pelo mercado ou de novas respostas para os gargalos técnicos, jurídicos ou financeiros. Nesses casos, o termo de referência ou o projeto básico pode dar origem à licitação na modalidade do diálogo competitivo com o objetivo de buscar, junto ao mercado, alternativas para satisfazer a necessidade pública, cabendo ao ato convocatório definir as necessidades, as exigências e os critérios objetivos que serão empregados na pré-seleção dos licitantes. A realização do diálogo competitivo pressupõe a elaboração e a divulgação de termo de referência ou de projeto básico que possa orientar o desenvolvimento de alternativas pelos diferentes agentes que atuam no mercado. Esse exemplo ilustra a utilidade do termo de referência e do projeto básico, mesmo naqueles casos em que a Administração não consiga detalhar os meios necessários para satisfazer a necessidade pública, comprovando o caráter indispensável do planejamento definitivo das licitações e das contratações administrativas.

REFERÊNCIAS

IBRAOP, Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas. *Orientação Técnica IBR 001/2006*. Disponível em: https://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2013/06/orientacao_tecnica.pdf. Acesso em: 04.10.2024

IBRAOP, Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas. *Orientação Técnica IBR 002/2009*. Disponível em: < <https://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2013/06/OT-IBR-02-2009-Ibraop-01-07-10.pdf> >. Acesso em: 04.10.2024

BRASIL, Conselho Nacional do Meio Ambiente. *Resolução n. 01, de 23 de janeiro de 1986*. Diário Oficial da União, Brasil, 22.12.1997, 17.02.1986.

BRASIL, Conselho Nacional do Meio Ambiente. *Resolução n. 237, de 19 de dezembro de 1997*. Diário Oficial da União, Brasil, 22.12.1997.

BRASIL, Congresso Nacional. *Lei n. 4.320/1964, de 17 de março de 1964*. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Diário Oficial da União, Brasil, 23.03.1964.

BRASIL, Congresso Nacional. *Lei n. 6.938/1981, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasil, 02.09.1981.

BRASIL, Congresso Nacional. *Lei n. 8.666/1993, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações/s e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasil, 22.06.1993.

BRASIL, Congresso Nacional. *Lei n. 14.133/2021, de 01º de abril de 2021*. Lei de licitações e contratos administrativos. Diário Oficial da União, Brasília, 01.04.2021.

BRASIL, Poder Executivo da União, Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia. *Instrução Normativa n. 81/2022, de 25 de novembro de 2022*. Diário Oficial da União, Brasília, 28.11.2022.

BRASIL, Poder Executivo do Estado de São Paulo. *Decreto n. 68.185/2023, de 11 de dezembro de 2023*. Diário Oficial do Estado de São Paulo, 11.12.2023.

BRASIL, Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. Orientações Consolidadas SUB CONS PGE/SP, versão 1 - 27.2.2024. Disponível em: <
<https://www.portal.pge.sp.gov.br/wp-content/uploads/2024/02/17h-27-2-orientacoes-consolidadas-nllc.pdf>>. Acesso em: 04.10.2024.

BRASIL, Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Manual de Obras e Serviços de Engenharia, aspectos técnicos. São Paulo, 2024. Disponível em:
<<https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/publicacoes/MANUAL%20%20Obras%20e%20servi%C3%A7os%20engenharia%20-%20Aspectos%20t%C3%A9cnicos%20%28%20-%20TCESP.pdf>>. Acesso: 04.10.2024.

ESTRATÉGIA NACIONAL DO MP DIGITAL: O INGRESSO NO MUNDO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

NATIONAL DIGITAL PROSECUTION STRATEGY: ENTERING THE WORLD OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE

Isabela Franco

Possui graduação em Direito pela Universidade de Franca (2010), pós-graduação em Direito Penal pela Faculdade Cidade Verde (2019). Mestranda no Mestrado Profissional em Planejamento e Análise de Políticas Públicas pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. É Analista de Promotoria II do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Monica Abrantes Galindo de Oliveira

Licenciada em Física, Mestre em Ensino de Ciências e Doutora em Educação pela Universidade de São Paulo (USP). Professora Assistente da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP - São José do Rio Preto, colaboradora do Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu de Biociências (UNESP - São José do Rio Preto), docente permanente do Programas de Pós-Graduação Planejamento e Análise de Políticas Públicas da UNESP - Franca.

RESUMO

A sociedade contemporânea tem se tornado, e de modo particular no contexto pós-pandêmico, cada vez mais complexa e digital, com os avanços da automatização, a Internet das Coisas e tantos outros conceitos acerca dos quais houve um aumento exponencial do interesse público nos últimos tempos. Por sua vez, o Ministério Público, alinhado a essa realidade, tem adotado a inteligência artificial de modo crescente em seus processos. Haja vista os possíveis benefícios advindos da utilização da inteligência artificial, foi instituída no âmbito do CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público), a Estratégia Nacional do Ministério Público Digital (MP Digital), mediante a Resolução nº 257, de 14 de março de 2023 (Conselho Nacional do Ministério Público, 2024). O MP Digital tem por objetivo determinar eixos de atuação do CNMP que contribuam no fomento à inovação digital em todo o Ministério Público. O presente artigo tem por objetivos a análise de conceitos basilares relacionados à inteligência artificial, bem como a apresentação de exemplos de ferramentas já implementadas ou em fase de desenvolvimento que utilizem tecnologias de inteligência artificial, no âmbito do

Ministério Público Federal e do Ministério Público do estado de São Paulo. Também, a metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica documental qualitativa de teses e dissertações, de livros acerca da temática, bem como análise de levantamento já realizado pela Comissão de Planejamento Estratégico do Conselho Nacional do Ministério Público, acerca de iniciativas de inteligência artificial desenvolvidas ou em desenvolvimento nos ramos e unidades do Ministério Público. A partir dos levantamentos realizados, verificou-se que a utilização da inteligência artificial no âmbito do Ministério Público é uma tendência e uma recomendação, visando-se elevar ainda mais o padrão de qualidade que já vem sendo adotado no trabalho prestado pelo *parquet* em âmbito nacional.

Palavras-Chave: Inteligência artificial; Ministério Público

ABSTRACT

Contemporary society has become increasingly complex and digital, particularly in the post-pandemic context, with advances in automation, the Internet of Things and so many other concepts about which there has been an exponential increase in public interest in recent times. In turn, the Public Prosecutor's Office, in line with this reality, has increasingly adopted artificial intelligence in its processes. In view of the possible benefits arising from the use of artificial intelligence, the CNMP (National Council of the Public Prosecutor's Office) established the National Strategy for the Digital Public Prosecutor's Office (MP Digital) through Resolution 257 of March 14, 2023 (National Council of the Public Prosecutor's Office, 2024). The MP Digital aims to determine axes of action for the CNMP that contribute to fostering digital innovation throughout the Public Prosecution Service. The purpose of this article is to analyze basic concepts related to artificial intelligence, as well as to present examples of tools that have already been implemented or are in the development phase that use artificial intelligence technologies, within the scope of the Federal Public Prosecutor's Office and the Public Prosecutor's Office of the state of São Paulo. In addition, the methodology used was qualitative documentary bibliographical research of theses and dissertations, books on the subject, as well as analysis of a survey already carried out by the Strategic Planning Commission of the National Council of the Public Prosecutor's Office, on artificial intelligence initiatives developed or under development in the branches and units of the Public Prosecutor's Office. Based on the surveys carried out, it was found that the use of artificial intelligence within the Public Prosecutor's Office is a trend and a recommendation, with the aim of further raising the standard of quality that has already been adopted in the work provided by the *parquet* at national level.

Keywords: Artificial intelligence; Public prosecutor's office

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea, particularmente no contexto pós-pandêmico, tem se tornado cada vez mais complexa e digital. As novas tecnologias implicam profundas

modificações nas relações pessoais, na economia, na política, nas relações de trabalho, e, finalmente, na esfera jurídica.

O Poder Judiciário, alinhado a essa realidade, e visando a uma maior efetividade na prestação da atividade jurisdicional, a partir do paradigma do processo constitucional, da busca pela efetivação dos princípios constitucionais, tais como o do acesso à jurisdição e o da duração razoável do processo, tem adotado o uso da inteligência artificial (IA) de modo crescente em seus processos.

Por sua vez, o Ministério Público, enquanto órgão dotado de autonomia, tem se alinhado a tais inovações tecnológicas, com a adoção de estratégias e soluções digitais, sendo de fundamental importância o uso da inteligência artificial na construção do Ministério Público do futuro.

Nesse sentido, o CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público) instituiu a Estratégia Nacional do Ministério Público Digital (MP Digital), por intermédio da Resolução nº 257, de 14 de março de 2023, conforme se verá mais detidamente no decorrer do presente artigo.

1. DOS CONCEITOS FUNDAMENTAIS RELACIONADOS À INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

A evolução das *machina intelligentes* traz de volta um antigo enigma, na sua versão moderna: entenda-me ou devoro-te (Filho, 2023).

Inicialmente, ressalte-se que em tempos de rápido progresso, particularmente da IA generativa, e do crescimento exponencial do interesse público por tais estudos, faz-se necessário o respeito aos valores humanos, aos direitos e à ética.

No embate entre o tecnocentrismo, em que a máquina está no centro, e o antropocentrismo, em que o homem está no centro, deve prevalecer este último.

A esse respeito, assinala o pesquisador Celestino Vaz Tomás Jone Joanguete (2024):

O termo “antropocentrismo” refere-se à visão de mundo centrada no ser humano, na qual a humanidade é considerada o ponto central e mais significativo do universo. Essa perspectiva atribui grande importância

aos interesses, valores e necessidades humanas, muitas vezes colocando o ser humano em uma posição de superioridade em relação às outras formas de vida e ao meio ambiente. Alguns dos filósofos renascentistas mais conhecidos que defendiam o antropocentrismo são Nicolau Maquiavel, Nicolau Copérnico, Galileu Galilei e René Descartes. Esses pensadores contribuíram para moldar a visão de mundo da época, destacando o papel central do ser humano no entendimento e na interpretação do universo. (Joanguete, 2024, p. 1 e 2)

Assim, a inteligência artificial é apenas um meio de se alcançar maior efetividade nas políticas públicas, não um fim em si mesma, não o único recurso, mas um notável recurso.

Feitas essas primeiras advertências, passemos inicialmente a um breve histórico acerca da inteligência artificial.

As origens da inteligência artificial remontam à Antiguidade Clássica. Há históricos do pensamento de Aristóteles que remetem à possibilidade de se criar uma inteligência não humana capaz de realizar determinados trabalhos, que poderiam inclusive livrar os escravos de certas tarefas degradantes daquela época (Picazio, 2024).

Ainda por volta do ano de 1495, Leonardo da Vinci criou o que seria considerado o primeiro Android (protorrobô), que consistia em um cavaleiro mecânico articulado, em sistema de cabos, alavancas e roldanas, o qual influenciaria inúmeros outros projetos da modernidade que utilizam IA em seu funcionamento (Picazio, 2024).

No ano de 1942, o norte-americano Isaac Asimov (1920-1992), escritor de ficção científica, propôs no conto “*Ronaround*”, posteriormente republicado no livro *Eu, robô* (Asimov, 2015 [1950] *apud* Picazio, 2024) as três leis da Robótica, com princípios imprescindíveis às relações entre humanos e máquinas inteligentes (Picazio, 2024).

Já em 1950 foi criado por Alan Turing o que ficou conhecido como Teste de Turing, artigo considerado pioneiro no tema de máquinas inteligentes, no qual um participante humano interagiria com um possível interlocutor e um computador e, pelas respostas, teria que avaliar se era um computador ou um ser humano respondendo. O propósito de Turing era o aprimoramento constante até ao ponto de que as máquinas conseguissem responder nas mesmas funcionalidades e nuances humanas (A História da IA, 2024).

Assim sendo, Alan Turing (1912-1954), matemático e criptográfico britânico, foi considerado o pai da computação, sendo sua máquina de computação universal construída em 1940, a qual foi utilizada para decifrar e descodificar as mensagens do código-enigma da Alemanha nazista, durante a Segunda Guerra Mundial (Picazio, 2024).

Importante mencionar que, embora tenha havido diversas manifestações anteriores, a Inteligência Artificial moderna tem como marco importante de seu início o ano de 1956, em Hanover, New Hampshire, nos Estados Unidos, em conferência na qual a nova ciência foi denominada como Inteligência Artificial (*Artificial Intelligence*, AI), por John McCarthy. Também faziam parte do grupo de cientistas que participaram de tal conferência, realizada no Dartmouth Collete; Marvin *Minsky*, Claude *Shanon* e Nathaniel *Rochester* (Filho, 2023).

Já no ano de 1959, Arthur Samuel criou um programa que jogava damas contra si mesmo. A máquina realizou análise de diversos jogos e do que era necessário para se alcançar o êxito, a partir de padrões replicados em outros jogos (A HISTÓRIA DA IA, 2024).

Ora, tal programa se relaciona intimamente ao *machine learning*, ou aprendizagem de máquina, conceito criado em 1997, que consiste em um subcampo da inteligência artificial em que se atribui à máquina a capacidade de aprender por intermédio dos dados ou da experiência, que foca no uso de dados e algoritmos para imitar a maneira como os humanos aprendem, a partir de tais dados, sem serem explicitamente programadas para isso (Filho, 2023).

Nesse contexto, a sociedade contemporânea, a partir do século XXI, atravessa a Quarta Revolução Industrial, conforme denominação dada por Klaus Schwab, economista e engenheiro alemão, presidente executivo do Fórum Econômico Mundial e que afirmou, no ano de 2016, estarmos “no início de uma revolução que alterará profundamente a maneira como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos” (Schwab, 2016, p. 14 *apud* Souza, 2022, p. 19).

Os reflexos da Quarta Revolução Industrial, que também ficou conhecida como a “Era das Tecnologias”, podem ser notados nas relações interpessoais, nas relações de trabalho, na economia, nos negócios, nos governos, na denominada indústria 4.0, bem

como no âmbito do Direito.

Ainda no contexto da Quarta Revolução Industrial, surgem conceitos como o da Internet das Coisas (IoT – *Internet of Things*), que é um novo paradigma no âmbito das telecomunicações. Consiste na possibilidade de interação, através de uma conexão com a Internet, entre diversos dispositivos chamados de Coisas – como Sensores, Celulares, Etiquetas, Lâmpadas etc. – para alcançar objetivos comuns (Atzori et al., 2010 *apud* Antunes, 2016).

Particularmente, a “Era das Tecnologias” se expressa em relação ao uso maciço da inteligência artificial, tecnologia que permite simular a inteligência humana.

Ademais, e relacionando-se ao presente objeto de pesquisa, no ano de 2011 a Apple apresentou sua assistente virtual Siri, e no ano de 2014 foi lançada a Alexa, denominação da assistente virtual da Amazon (Picazio, 2024).

Mais recentemente, no ano de 2022, houve a criação do ChatGPT, apresentado como um protótipo de *chatbot*, pela OpenAI, a primeira tecnologia de IA generativa a ser amplamente disponibilizada, ou seja, possui a capacidade de criar novas informações a partir de um conjunto de dados preexistentes.

Imprescindível pontuar que nem sempre as respostas da tecnologia estão corretas, e é necessária supervisão dos resultados e alterações, conforme a necessidade em cada caso.

De outro lado, e tratando-se especificamente de conceitos, a inteligência artificial seria a ciência multidisciplinar que tem o objetivo de prover as máquinas com a capacidade de executar tarefas que exijam a concorrência de alguma habilidade característica do ser humano, como: inteligência, criatividade, atenção, perseverança etc. No campo da Psicologia, a inteligência é caracterizada pela manifestação de uma ou mais das seguintes qualidades: aprendizagem, adaptação e capacidade de resolver problemas (Filho, 2023, capítulo 1, definição de IA).

Assim, a inteligência artificial é a ciência que realiza o estudo de máquinas e sistemas computacionais capazes de reproduzir o comportamento humano.

Ora, a IA identifica e organiza unidades de informação, além de realizar tarefas como análise de dados, resumos e relatórios, produção de textos com alta qualidade e precisão, extração de dados e o seu processamento em conhecimento, criação de *insights* que dão direcionamentos à hipótese investigada correta, possibilitando, a título exemplificativo, que agentes de segurança pública se empenhem em tarefas que requeiram o exclusivo intelecto humano, como a oitiva de pessoas.

Por sua vez, o *Deep Learning*, ou aprendizado profundo, que surgiu no ano de 2012, consiste em uma parte do aprendizado de máquina que utiliza redes neurais para simular o comportamento do cérebro humano, sendo que rede neural é um método de IA que ensina computadores a processarem dados de forma similar ao cérebro humano.

Ainda, e de acordo com Oscar Valente Cardoso (2024), o aprendizado profundo (*deep learning*) utiliza redes neurais artificiais para modelar e aprender a partir de grandes volumes de dados.

Já a IA generativa, que surgiu no ano de 2021, é um ramo da IA que se dedica à criação de conteúdo, distinguindo-se de outros ramos que trabalham exclusivamente com a classificação ou identificação de informações a partir de dados preexistentes. A IA generativa cria novos conteúdos em diversos formatos, como textos, áudios ou imagens.

Por sua vez, o Processamento de Linguagem Natural ou PLN, em inglês *Natural Language Processing* (NLP), utilizado, por exemplo, em *chatbots*, possibilita que a IA se comunique em uma linguagem natural, através da aprendizagem de máquina para que se traduza o significado de um texto. É um componente da IA que auxilia computadores a entenderem e utilizarem a linguagem humana, e é usado em inúmeras aplicações, tais como na análise de textos, traduções automáticas e nos *chatbots*.

Lado outro, a Geração de Linguagem Natural, em inglês *Natural Language Generation* (NLG) é a área da Inteligência Artificial que produz narrativas escritas ou faladas a partir de um conjunto de dados compreensíveis na linguagem humana.

Também, tal processamento pode ser encontrado em tecnologias atuais tais como as assistentes virtuais inteligentes, a título exemplificativo, Siri da Apple e a Alexa da Amazon, que identificam padrões na fala por meio do reconhecimento de voz (Picazio, 2024).

Ainda no âmbito das áreas do conhecimento com as quais se relaciona a IA, podem ser mencionadas:

Cibernética. É a ciência que trata das comunicações e interações entre humanos e as máquinas. Abrange temas contemporâneos tais como: Inteligência Artificial, Realidade Virtual, Realidade Aumentada, Jogos Interativos, Rede de Computadores, Automação, Robótica, etc (Filho, 2023, capítulo 1, Conceitos relacionados com a IA).

Robótica. A robótica se caracteriza como uma ciência multidisciplinar que estuda o funcionamento dos robôs. Importante mencionar que a palavra foi utilizada pela primeira vez por Isaac Asimov, em 1942 (Filho, 2023).

Ora, a robótica é amplamente utilizada na manipulação de objetos e nas interações físicas com o mundo. Os robôs, de modo geral, executam tarefas repetitivas, interagem com o ser humano e podem ser mais uma fonte de dados.

Desse modo, a inteligência artificial é fundamental à robótica, por representar a possibilidade para a execução de atividades com alto grau de dificuldade, tais como o planejamento de tarefas, de trajetórias e análise de cenas.

Hodiernamente, o uso dos robôs é feito nas mais variadas tarefas, como em serviços baseados na comunicação de pessoas por computador, nos *chatbot*, ou *chatter robot*, que em português é traduzido como conversa com robô.

Nesse sentido, se houver o objetivo de desenvolver (*development*) uma ferramenta para a resolução de problemas do mundo real, há duas formas de implementação da IA, que pode se dar pela construção de equipamentos (*hardware*) ou por programas de computador (*software*).

O uso de *chatbots*. O uso de *chatbots* possibilita o fornecimento de respostas rápidas, de modo personalizado e disponível em tempo integral, além de sua capacidade de atender a um grande volume de clientes de forma simultânea, o que reduz custos operacionais, por se tornar despendida a necessidade de uma equipe maior de atendimento.

Em tais aplicativos de *chatbot*, os modelos de IA Generativa são utilizados para gerar textos de conversação, semelhantes a um bate-papo, em que respostas são geradas

em uma linguagem natural em resposta à entrada do usuário (comando ou “*prompt*”). Desse modo, fica possibilitada a interação conversacional entre o usuário e o modelo de IA Generativa (Camargo, 2024, RB-2.1).

Tal formato de diálogo permite respostas detalhadas às solicitações e consultas do usuário do aplicativo.

Por sua vez, o *prompt* é uma frase ou conjunto de palavras-chave usados como solicitação inicial para uma ferramenta de IA Generativa (Camargo, 2024, RB-2.1).

Em outras palavras, um “*prompt*” é uma instrução ou pergunta que direciona a IA Generativa a gerar uma resposta específica (Camargo, 2024, RB-2.5).

Desse modo, e a partir desse comando inicial, a ferramenta busca compreender o *prompt*, a partir de um grande volume de dados, gerando a resposta de modo automático. Faz-se muito importante que os comandos sejam objetivos, concisos, claros, para uma maior eficiência nesse processo. Quanto mais específicos forem os *prompts*, melhores serão os resultados.

Igualmente, e como já mencionado anteriormente, é utilizada a linguagem natural, ou corrente, que é um componente da IA que auxilia computadores a entenderem e utilizarem a linguagem humana, ao invés de ser utilizada linguagem de programação.

2. DAS REGULAMENTAÇÕES LEGAIS ACERCA DA IA

No tocante a regulamentações éticas acerca da IA, o primeiro instrumento global de definição de padrões éticos para a IA foi o documento “Recomendação Internacional da UNESCO sobre Ética na Inteligência Artificial (IA)” (UNESCO, 2022 *apud* Picazio, 2024), elaborado na 41ª Conferência-Geral da Unesco, em 2021.

Também, e haja vista os impactos e riscos que podem advir do uso generalizado da IA, a Organização das Nações Unidas (ONU) tem se manifestado no sentido de que sejam resguardados os direitos humanos.

Isso pode ser constatado no Relatório anual do Alto Comissariado das Nações

Unidas para os Direitos Humanos (ONU, 2021 *apud* Picazio, 2024), elaborado no ano de 2021, e no qual o Alto Comissariado analisou o modo como a utilização da IA por Estados e empresas, através de tecnologias de aprendizado de máquina, pode influenciar o exercício do direito à privacidade e dos demais a ele relacionados, com o intercâmbio de dados pessoais em alta escala.

Além disso, em tal Relatório foram apresentadas diversas recomendações aos Estados e empresas, inclusive considerando-se os riscos de que sistemas de IA prejudiquem vidas humanas a partir de conjuntos de dados tendenciosos ou discriminatórios.

Já no Brasil houve a criação da Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA), concebida durante os anos de 2019 e 2020, um documento que centraliza as principais orientações éticas e legais para o uso da IA, de forma consciente (BRASIL; MCTI, 2021 *apud* PICAZIO, 2024).

Importante frisar que a Governança da EBIA é composta pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações (MCTI); pela Rede MCTI/EMBRAPPII de Tecnologias e Inovação Digital; e por Instituições Convidadas. Tal iniciativa apresenta um diagnóstico da situação atual da IA no Brasil e recomenda um conjunto de ações estratégicas voltadas aos mais diversos setores, como educação e empreendedorismo.

Assim, há fronteiras éticas e legais impostas ao desenvolvedor da tecnologia de IA que devem ser respeitadas.

3. A ESTRATÉGIA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DIGITAL (MP DIGITAL) E INICIATIVAS ACERCA DO USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Haja vista os possíveis benefícios advindos da utilização da inteligência artificial, foi instituída no âmbito do CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público), a Estratégia Nacional do Ministério Público Digital (MP Digital), mediante a Resolução

nº 257, de 14 de março de 2023 (Conselho Nacional do Ministério Público, 2024).

O MP Digital integra a estrutura da Comissão de Planejamento Estratégico – CPE (art. 3º) e tem por objetivo determinar eixos de atuação do CNMP que contribuam no fomento à inovação digital em todo o Ministério Público, tendo como diretrizes fortalecer a identidade nacional; zelar pela autonomia institucional das unidades e ramos; promover a atuação orientada por dados; e fomentar a atuação integrada e colaborativa (Conselho Nacional do Ministério Público, 2024).

Nesse sentido, em outubro de 2022, a Comissão de Planejamento Estratégico do Conselho Nacional do Ministério Público iniciou processo de consulta às unidades do Ministério Público, utilizando a metodologia de preenchimento de formulários destinados à coleta de informações detalhadas acerca das iniciativas de IA já desenvolvidas ou em desenvolvimento.

O objetivo foi a compreensão do estágio atual para o direcionamento eficaz e atuação estratégica do MP Digital no incentivo à evolução digital do Ministério Público.

Por sua vez, o Ministério Público do Estado de São Paulo, em sintonia com a supramencionada Estratégia Nacional e também visando à eficiência operacional e inovação estratégica, tem adotado algumas medidas de utilização da inteligência artificial, enquanto nova forma de trabalho em seus processos internos, iniciativas que se passa a expor.

Inicialmente, e em relação ao Ministério Público do Estado de São Paulo, serão apresentadas as seguintes ferramentas:

a-) Atividade de jurimetria e análise de dados, utilizando solução de predição análise estatística e inteligência artificial;

b-) Processamento de linguagem natural em peças processuais com redes neurais;

Lado outro, em relação ao Ministério Público Federal, serão apresentadas as seguintes ferramentas:

- a-) TRIA (Triagem em Habeas Corpus);
- b-) Resultados de Julgamentos;
- c-) Manifestação Ouvidoria;
- d-) ATHOS-MPF;
- e-) Internalização GPSMED;
- f-) Triagem de Inquéritos Policiais.

4. ATIVIDADE DE JURIMETRIA E ANÁLISE DE DADOS, UTILIZANDO SOLUÇÃO DE PREDIÇÃO ANÁLISE ESTATÍSTICA E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL.

Em desenvolvimento desde o início de 2022, a ferramenta utiliza tecnologias de inteligência artificial e tem por objetivo a extração de relatórios que apontem tendências nos Tribunais e na atuação do MPSP.

Igualmente, e em uma segunda ferramenta que utiliza tecnologia de IA, a partir de modelos tradicionais de *machine learning* (aprendizado de máquina), bem como modelos baseados em redes neurais, espera-se a extração de informações das vítimas e agressores, crimes de milhares de B.Os, resumo de sentenças judiciais de 1º grau do Tribunal de Justiça, resumo de decisões relativas a intimações provenientes do STJ, extração de informações de decisões e acórdãos em processos que tratem de improbidade administrativa; extração de informações relevantes de processos de idosos em crédito consignado, além de classificações de decisões judiciais (Conselho Nacional do Ministério Público, 2023).

Processamento de linguagem natural em peças processuais com redes neurais.

Já em uma terceira iniciativa que utiliza tecnologias de IA, tem-se a classificação de decisões judiciais em procedentes, improcedentes, ou outro desfecho, possibilitando-se a classificação de decisões judiciais.

Também, e desde o início de 2022, a unidade utiliza a API da OPENAI ¹para o resumo e extração de informações de peças processuais em massa.

Dessa iniciativa, desenvolvida pelo setor de jurimetria, espera-se a extração de informações da vítima e agressores, acerca de crimes, endereços, de milhares de boletins de ocorrência, além do resumo de sentenças judiciais de primeiro grau do TJSP e de decisões relativas a intimações provenientes do STJ, além da extração de informações de decisões e acórdãos em processos que envolvam improbidade administrativa e extração de informações relevantes de processos de idosos em casos de crédito consignado.

5. O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

5.1. TRIA (Triagem em Habeas Corpus)

No que tange ao Ministério Público Federal, pode ser mencionado em primeiro lugar o TRIA (Triagem em Habeas Corpus), o qual a partir de tecnologias de IA realiza a extração de informações sobre o sentido das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça em Habeas Corpus (HC), comparando-as com os pareceres produzidos pelo MPF no mesmo processo e classificando as decisões em favoráveis ou contrárias às manifestações dos membros.

Importante mencionar que em tal ferramenta é utilizada a tecnologia de aprendizagem supervisionada, que é aquela em que o programador ensina as respostas corretas para o computador, ensinando todas as regras, sendo o tempo de resposta mais

¹ A API da OpenAI é uma interface de programação de aplicações (API) que permite a integração de inteligência artificial (IA) em aplicações. A OpenAI é uma empresa de pesquisa e implantação de IA que tem como missão garantir que a IA beneficie toda a humanidade. Disponível em https://www.google.com/search?q=API+da+OPENAI+o+que+%C3%A9&rlz=1C1GCEA_enBR913BR1084&oq=API+da+OPENAI+o+que+%C3%A9&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYOdIBCjIzMzQyajBqMTWoAgiwAgE&sourceid=chrome&ie=UTF-8. Acesso em 05 out. 2024.

rápido, ao contrário do aprendizado não supervisionado, em que o computador vai aprendendo a avaliar os dados ao longo do tempo, a partir de padrões preestabelecidos, e de forma mais autônoma, apresentando tempo de resposta mais lento.

Tal sistema encontra-se em produção, sendo que no mês de agosto de 2023 foi verificado que a precisão do Tria é de 94,80% (Conselho Nacional do Ministério Público, 2023).

5.2. RESULTADOS DE JULGAMENTOS

Uma segunda ferramenta utilizada no âmbito do MPF e que auxilia os servidores de gabinete da 1ª instância no preenchimento dos dados acerca dos resultados de julgamentos no sistema Único é o Resultados de Julgamentos, que extrai, de forma automática, informações das sentenças produzidas em ações penais. As seguintes informações são alimentadas: réu, sentido do resultado do julgamento, fundamentação jurídica, base normativa, pena, multa, data da sentença e juiz.

Lado outro, a ferramenta de Classificação de Publicações do STJ realiza a análise de textos de publicações realizadas pelo STJ, indicando ao usuário a necessidade de requisição do processo para apreciação do MPF.

5.3. MANIFESTAÇÃO OUVIDORIA

Por sua vez, a ferramenta Manifestação Ouvidoria classifica manifestações recebidas através de canal de atendimento ao cidadão pela Ouvidoria do MPF, indicando se o direcionamento da demanda deveria ter sido feito à Sala de Atendimento ao Cidadão que recebe denúncias e representações que não são objeto de atuação da Ouvidoria (Conselho Nacional do Ministério Público, 2023).

5.4. ATHOS-MPF

Ademais, a ferramenta ATHOS-MPF, em fase de desenvolvimento, realiza o agrupamento de autos por meio da análise de similaridade semântica entre documentos, fornecendo informações para a análise conjunta de processos.

De início, a ferramenta está sendo utilizada na análise de manifestações relacionadas a Recursos Especiais e Extraordinários produzidas pelo MPF, auxiliando a atuação do MPF na aplicação dos institutos da repercussão geral e da súmula vinculante.

5. 5. INTERNALIZAÇÃO GPSMED

De outro lado, a ferramenta Internalização GPSMED realiza a extração de informações sobre medicamentos, doenças e tratamentos em processos judiciais em trâmite no MPF, com a organização das informações em Painel de Business Intelligence.

Frise-se a grande relevância social da ferramenta Internalização GPSMED, que possui por objetivo o diagnóstico das maiores demandas na área de saúde pública, ao fornecer subsídios no desenvolvimento de políticas públicas voltadas à prevenção ou desjudicialização de litígios em matéria sanitária, além de auxiliar a atuação dos membros do MPF na área de saúde.

5.6. TRIAGEM DE INQUÉRITOS POLICIAIS

Por fim, a Triagem de Inquéritos Policiais auxilia na identificação do motivo da entrada de Inquéritos Policiais no MPF, por intermédio da análise dos textos das peças processuais, seja pelos motivos mais recorrentes, que são dilação de prazo, apresentação de relatórios finais, ou quaisquer outros motivos.

CONCLUSÕES

Assim, a inteligência artificial, surgida no século XXI, com a denominada Quarta Revolução Industrial, traz consigo profundas modificações nos mais variados âmbitos da sociedade contemporânea.

Haja vista tais avanços tecnológicos, houve no Brasil a criação da Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA), concebida durante os anos de 2019 e 2020, um documento que centraliza as principais orientações éticas e legais para o uso da IA.

Ademais, o uso de ferramentas tais como a Internalização GPSMED, adotada no âmbito do Ministério Público Federal, e a qual possui por objetivo o diagnóstico das maiores demandas na área de saúde pública, ao fornecer subsídios no desenvolvimento de políticas públicas voltadas à prevenção ou desjudicialização de litígios em matéria sanitária, pode auxiliar na gestão de conflitos e na diminuição do elevado acervo processual brasileiro, particularmente nessa matéria.

Em relação ao Ministério Público do Estado de São Paulo, pode ser destacado o processamento de linguagem natural em peças processuais com redes neurais, que possibilita, além da classificação de decisões judiciais, a extração de informações da vítima e agressores, acerca de crimes, endereços, de milhares de boletins de ocorrência; o resumo de sentenças judiciais de primeiro grau do TJSP e de decisões relativas a intimações provenientes do STJ; a extração de informações de decisões e acórdãos em processos que envolvam improbidade administrativa e a extração de informações relevantes de processos de idosos em casos de crédito consignado, trazendo eficiência, tanto quantitativa quanto qualitativa, aos processos em que atua a instituição.

Por fim, os possíveis benefícios advindos do uso da inteligência artificial fazem com que órgãos de cúpula do cenário jurídico brasileiro, tais como o CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público), adotem planos de atuação conjunta, tais como a Estratégia Nacional do Ministério Público Digital (MP Digital), que tem fomentado iniciativas que agregam estratégia e inovação à instituição em âmbito nacional, em seus mais variados ramos e atividades, e que certamente contribuirão no papel de protagonismo que o *parquet* já tem exercido na defesa da sociedade, em nosso país.

REFERÊNCIAS

A História da IA (Videoaula). Escola Nacional de Administração Pública – Enap. Disponível em <https://www.escolavirtual.gov.br/curso/1088>. Acesso em 19 jun. 2024.

ATZORI, Lera, A. & Morabito, G. (2010). **The Internet of things**: A survey. *Computer Network*, pp. 2787-2805.

ANTUNES, Josué Batista. **Uma plataforma para gerenciamento e aplicações em Internet das Coisas**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência da Computação do Instituto de Ciências Exatas da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2016.

CAMARGO, Solano de. **Manual de engenharia de prompts no direito** (livro eletrônico): potencializando a prática jurídica com o ChatGPT, o Google Bard e outras inteligências artificiais generativas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. ePub E-book baseada na 1ª edição impressa. ISBN 978-65-260-1846-0. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/title>. Acesso em 28 set. 2024.

Conselho Nacional do Ministério Público. **Comissão de Planejamento Estratégico**. Disponível em <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/comissoes/comissao-de-planejamento-estrategico/mp-digital/apresentacao-mp-digital>. Acesso em 01 out. 2024.

Conselho Nacional do Ministério Público. **Construção da Estratégia Nacional do MP Digital**. Inovação e Transformação Digital no Ministério Público. Iniciativas de inteligência artificial. Disponível em https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Comissoes/CPE/MP_Digital/Publica%C3%A7%C3%B5es/Relat%C3%B3rio_IA_2023.pdf

FILHO, Oscar Gabriel. **Inteligência artificial e aprendizagem de máquina**: aspectos teóricos e aplicações. 1. ed. São Paulo, SP: Blucher, 2023. *E-book*. Disponível em <https://plataforma.bvirtual.com.br>. Acesso em 28 set. 2024.

JOANGUETE, Celestino Vaz Tomás Jone. **O retorno ao antropocentrismo na era antropocena da inteligência artificial generativa**. VI Seminário Internacional de Pesquisas em Midiatização e Processos Sociais. Anais de Resumos Expandidos. ISSN 2675-4169, Vol. 1, N. 6 (2024).

PICAZIO, Joseph Rodrigo Amorim. **Inteligência artificial e seus impactos nos direitos sociais**: um panorama da convergência e dos desafios da IA para a efetividade dos direitos e garantias fundamentais. Belo Horizonte, MG: Dialética, 2024. E-book. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br>. Acesso em: 29 set. 2024.

SOUZA, Talitha Pedras Figueiredo Campos de Carvalho. **O uso da tecnologia no Poder Judiciário Brasileiro**: a inteligência artificial nos tribunais e a gestão de conflitos. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito (PPGD) da UNIVERSIDADE FUMEC. Belo Horizonte, 2022.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Traduzido por Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

ESTRANGEIRIZAÇÃO DAS TERRAS RURAIS, SOBERANIA E ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

RURAL LAND FOREIGNIZATION, SOVEREIGNTY AND THE ROLE OF PUBLIC PROSECUTION SERVICE

Michel François Drizul Havrenne

Procurador da República (membro do Ministério Público Federal). Professor de direito na FADISA. Coordenador do Grupo de Trabalho Terras Públicas da 1ª CCR do MPF e Membro do Grupo de Trabalho do Agronegócio da 3ª CCR do MPF. Doutor em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo - USP (2018). Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo - USP (2006). Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo - USP (2001).

RESUMO

Houve um aumento do interesse estrangeiro por compra de terras no Brasil, a partir principalmente do fim da primeira década dos anos 2000. A aquisição e o arrendamento de terras por estrangeiros geram uma série de impactos no país. Atinge-se a soberania, nos seus múltiplos aspectos. O ordenamento, por sua vez, coloca requisitos a serem observados pelos estrangeiros. O desrespeito a tais requisitos afeta interesses públicos primários. A preservação do ordenamento jurídico é função do *parquet*, sendo a sua atuação extremamente relevante para a garantia dos interesses da sociedade.

Palavras-chave: Estrangeirização das terras rurais; soberania; Ministério Público; interesse público primário; ordenamento jurídico.

ABSTRACT

There has been an increase in foreign interest in land purchases in Brazil, particularly since the end of the first decade of the 2000s. The acquisition and leasing of land by foreigners generate a series of impacts in the country. It affects sovereignty in its multiple aspects. The juridical order, in turn, imposes requirements that must be observed by foreigners. Disregarding these requirements affects primary public interests. Preserving the juridical order is the responsibility of Public Prosecution Service, and its actions are extremely relevant for ensuring the interests of society.

Keywords: Rural land foreignization; sovereignty; Public Prosecution Service; primary public interest; juridical order.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, houve um incremento na busca por terras, uma verdadeira corrida mundial por imóveis rurais. Este fenômeno não se dá apenas no Brasil, mas em todo o mundo. Veja-se a seguinte notícia de 2023:

Os Estados Unidos estão intensificando os esforços para inibir a compra de terras por cidadãos ou entidades chinesas, à medida que as relações entre os dois países atingem seu pior ponto em décadas.

Em Dakota do Sul, a legislatura estadual está pressionando um projeto de lei para criar um comitê que examinaria propostas de compra de terras por capital estrangeiro¹

Na mesma linha do acima apontado, em outros países como o Uruguai, segundo notícia do jornal Valor de 2013, ocorre o mesmo fenômeno:

O governo do Uruguai nos próximos dias deve fazer aprovar no Congresso do país um projeto que veta a aquisição de terras no país por estatais estrangeiras. A proposta, que é de autoria da Frente Ampla, o partido governista, e conta com o endosso do presidente José Mujica, prevê ainda um recenseamento para se definir qual a quantidade de terra no país está em poder de estrangeiros. Desde que assumiu, Mujica adotou diversas medidas para tentar controlar investimentos no campo.²

De fato, boa parte dos países começaram a prestar mais atenção para a aquisição de terras rurais por estrangeiros após o aumento dos preços agrícolas nos anos 2007-2008, o que ficou conhecido como “agroinflação”³.

O cenário de crise de alimentos, em âmbito mundial, em especial no fim da primeira década dos anos 2000, associado ao aumento dos preços de alimentos, elevação dos preços de petróleo, destruição do meio ambiente, avanço dos biocombustíveis como fonte alternativa de energia e crescimento populacional, passou a chamar a atenção,

¹ VALOR ECONÔMICO, Nikkei Asia, Tensões crescem e EUA restringem compras de terras por chineses, jornal Valor Econômico, disponível em <https://valor.globo.com/mundo/noticia/2023/02/21/tenses-crescem-e-eua-restringem-compras-de-terras-por-chineses.ghtml>, acesso em 07/10/2024.

² FELÍCIO, César, Uruguai vai vetar compra de terras por estatais estrangeiras, jornal Valor Econômico, disponível em <https://valor.globo.com/mundo/coluna/uruguai-vai-vetar-compra-de-terras-por-estatais-estrangeiras.ghtml>, acesso em 07/10/2024.

³ HAGE, Fábio Augusto Santana; PEIXOTO, Marcus; VIEIRA FILHO, José Eustáquio Ribeiro, Aquisição de terras por estrangeiros no Brasil: uma avaliação jurídica e econômica, Rio de Janeiro: IPEA, 2012, disponível em https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1001/1/TD_1795.pdf, acesso em 07/10/2024, p .7.

gerando preocupação com a questão da aquisição de terras por estrangeiros⁴.

No Brasil, a compra de terras por estrangeiros insere-se nesse contexto de disparada nos preços de alimentos em todo o mundo e da crise financeira global. Conforme notícia da Agência Câmara, de 2010:

A aquisição de terras por estrangeiros também é tema de preocupação e debate fora do Brasil. Um relatório de setembro do Banco Mundial revelou que 45 milhões de hectares de terras foram adquiridos nos países em desenvolvimento em 2009. Mais de 70% desse total estão na África.

Segundo o estudo, a disparada de preços de alimentos em todo mundo entre 2007 e 2008 e a crise financeira global foram os principais fatores propulsores para compra de terras em países em desenvolvimento. A pesquisa afirma ainda que o Brasil teria 13% das terras agricultáveis no mundo, o que pode despertar interesse para possíveis investidores internacionais.

Fonte: Agência Câmara de Notícias⁵

Verifica-se que o Brasil tem grande quantidade de terras agricultáveis, o que certamente chamou a atenção de possíveis investidores internacionais. Nas palavras do professor Sérgio Sauer, tem-se:

Segundo estudo do Banco Mundial, vem ocorrendo um aumento expressivo da **demand mundial por terras**, especialmente a partir de 2008, fazendo da disputa territorial, histórica no Brasil e na América Latina, um fenômeno global.⁶ (grifos nossos)

Alguns autores denominam este crescimento de compra de terras por estrangeiros, como “land grabbing”. Nos termos postos por Hage Peixoto e Vieira Filho, tem-se:

land grabbing é o termo mais utilizado para descrever o acentuado crescimento de compra de terras por estrangeiros após 2008. Entretanto, geralmente, este conceito tem uma conotação ruim, já que associa o comportamento dos investidores à especulação financeira descomprometida de questões ambientais. Tais situações acontecem em países com Estado fraco, o que é, por exemplo, o caso da África.⁷

⁴ HAGE, Fábio Augusto Santana; PEIXOTO, Marcus; VIEIRA FILHO, José Eustáquio Ribeiro, Aquisição de terras por estrangeiros no Brasil: uma avaliação jurídica e econômica, Rio de Janeiro: IPEA, 2012, disponível em https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1001/1/TD_1795.pdf, acesso em 07/10/2024, p. 7.

⁵ BRASIL, Câmara dos Deputados (reportagem Tiago Miranda e edição Wilson Silveira), Banco Mundial: alta dos alimentos estimula compra de terras, disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/144105-banco-mundial-alta-dos-alimentos-estimula-compra-de-terras/>, acesso em 07/10/2024.

⁶ SAUER, Sérgio, Corrida mundial por terras e direitos territoriais no Brasil, disponível em <https://aspta.org.br/article/corrida-mundial-por-terras-e-direitos-territoriais-no-brasil/>, acesso em 05/10/2024.

⁷ HAGE, Fábio Augusto Santana; PEIXOTO, Marcus; VIEIRA FILHO, José Eustáquio Ribeiro, Aquisição de terras por estrangeiros no Brasil: uma avaliação jurídica e econômica, Rio de Janeiro: IPEA, 2012,

Outros autores diferenciam “*land grabbing*” de estrangeirização, sendo o primeiro ligado ao controle de terras, seja por brasileiros ou estrangeiros, com obtenção de benefícios em razão do seu controle, enquanto estrangeirização estaria vinculado ao controle de terras por estrangeiros. Veja-se:

De antemão, adiantamos que nós entendemos o *land grabbing* e a estrangeirização como processos distintos, porém interligados. Na realidade, baseado nos elementos elencados por Borras Jr., Kay, Gómez e Wilkinson (2012 e 2013), compreendemos o *land grabbing* como controle de terras, ou seja, ao poder de controlar a terra e os recursos a esta associados com a intenção de obter benefícios a partir desse controle, o que significa uma apropriação multidimensional e multiescalar do território envolvendo um novo uso do mesmo, isto é, uma nova territorialidade do capital através de um processo de territorialização, desterritorialização e reterritorialização (T-D-R). Qualquer agente pode exercer o controle de terra, seja este nacional ou estrangeiro, deste modo, a estrangeirização corresponde ao controle de terras pelo capital estrangeiro. Assim, a estrangeirização está inserida em um processo mais amplo de controle de terras.⁸

Prefere-se aqui o termo estrangeirização, já que a ideia por trás da aquisição de terras por estrangeiros é o controle delas por não-brasileiros.

A aquisição de terras por estrangeiros é um mecanismo que demanda regulação por parte das autoridades brasileiras. O que entra em jogo, ao se discutir a aquisição por estrangeiros vincula-se à soberania, bem como a diversos direitos constitucionais, o que será tratado a seguir.

2. SOBERANIA

Quando se fala em aquisição de terras por estrangeiros, há um impacto direto na soberania de um país.

Soberania é um dos elementos do Estado, ao lado de território, povo e governo.

disponível em https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1001/1/TD_1795.pdf, acesso em 07/10/2024, p.7.

⁸ PEREIRA, Lorena Izá, O que é estrangeirização da terra? Breves apontamentos para compreender o processo de apropriação do território por estrangeiros, CAMPO-TERRITÓRIO: revista de geografia agrária, v. 12, n. 26, p. 27-47, abr., 2017, p.29, disponível em <https://seer.ufu.br/index.php/campoterritorio/article/view/38115/22274>, acesso em 08/10/2024.

Conforme Hely Lopes Meirelles, tem-se:

Não há nem pode haver Estado independente sem Soberania, isto é, sem esse poder absoluto, indivisível e incontrastável de organizar-se e de conduzir-se segundo a vontade livre de seu Povo e de fazer cumprir as suas decisões, inclusive pela força, se necessário⁹.

Além disso, soberania é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, previsto no art. 1º, I, ao lado de cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político. Diga-se que a soberania também é princípio da ordem econômica, nos termos do art. 170, I, da CF/88.

Outrossim, soberania significa paridade de poderes entre os Estados na ordem internacional.

Nessa perspectiva, Celso Ribeiro Bastos ensina:

Na mesma medida em que se consolidou o poder dentro do Estado, surgiu também a ideia de que se tratava de um poder soberano. De fato, pode-se dizer que são duas construções simultâneas. Uma, a do Estado, tal como saldo dos séculos XV a XVIII, e outra, a da comunidade internacional, composta de Estados tidos por iguais. Esta regra da igualdade foi o princípio sobre o qual se erigiu o direito internacional. Encontrava-se, assim, inteiramente preservada a noção de soberania. Esta se constituiria na supremacia de poder dentro da ordem interna e no fato de, perante a ordem externa, só encontrar Estados de igual poder¹⁰.

Ademais, soberania se vincula à questão alimentar. Em outras palavras, ela garante o desenvolvimento socioeconômico de um povo, na medida em que o uso sustentável da terra é a base para a alimentação saudável. A terra é elemento essencial para a produção de alimentos, sendo o alicerce da soberania alimentar¹¹.

A soberania vai muito além da preservação das fronteiras, já que há também impactos no desenvolvimento econômico e social e mesmo na própria existência do Estado. Assim, a soberania tem múltiplas dimensões.

Tem-se, em suma, que a soberania é um elemento do Estado, fundamento da República Federativa do Brasil, princípio da ordem econômica, base de tratamento

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro* (atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emanuel Burle Filho), 30ª edição, São Paulo: Malheiros, p.60.

¹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de Direito Constitucional*, 12ª edição, São Paulo: Saraiva, 1990, p.17.

¹¹ HAVRENNE, Michel F. D., *Direito Agrário*, Rio de Janeiro: Método, 2022, p. 84.

paritário entre as nações e pilar do desenvolvimento socioeconômico de um povo.

3. AQUISIÇÃO E ARRENDAMENTO DE TERRAS POR ESTRANGEIROS

3.1. Pequeno histórico

Desde a época colonial, há a influência de legislação externa na questão de terras do país. Neste período, a legislação brasileira baseava-se na política rural de Portugal¹².

Com a Lei de Terras de 1850 (Lei 601/1850), houve a mercantilização da terra, sendo ela tratada como mercadoria acessível apenas àqueles que tivessem poder econômico. Veja-se:

Art. 1º Ficam proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra.

Exceptuam-se as terras situadas nos limites do Imperio com paizes estrangeiros em uma zona de 10 leguas, as quaes poderão ser concedidas gratuitamente.

(...)

Art. 17. Os estrangeiros que comprarem terras, e nellas se estabelecerem, ou vierem á sua custa exercer qualquer industria no paiz, serão naturalizados querendo, depois de dous annos de residencia pela fórma por que o foram os da colonia de S. Leopoldo, e ficarão isentos do serviço militar, menos do da Guarda Nacional dentro do municipio.

Logo, a compra era o principal meio de obtenção das terras.

No Brasil, incorporou-se lógica diferente da dos EUA. Nesse sentido: “O Brasil adotou uma política de terras inversa àquela implementada nos Estados Unidos, com o *Homestead Act* de 1862, em que a terra era doada para todos os que tivessem interesse em se instalar”¹³.

Com a República instalada em 1889, manteve-se a possibilidade de o estrangeiro adquirir terras no país, com restrições em áreas tidas como estratégicas, como as de fronteira e as que possuem bens minerais.

Todas as Constituições que vieram (CF 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988) trataram deste tema.

¹² HAVRENNE, Michel F. D., Regularização fundiária rural, Curitiba: Juruá, 2018, p. 94.

¹³ HAVRENNE, Michel F. D., Regularização fundiária rural, Curitiba: Juruá, 2018, p. 96.

Destaca-se o período do governo militar (1964-1985), que aplicou regulamentação sobre a aquisição de terras por estrangeiros, dado o receio com as ocupações de áreas pouco exploradas do nosso território, como a Amazônia. O Ato Complementar nº 45, de 1969, asseverou o seguinte:

Art. 1º A aquisição de propriedade rural no território nacional somente poderá ser feita por brasileiro ou por estrangeiro residente no país.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos casos de transmissão causa mortis.

Art. 2º Para os efeitos deste Ato, considera-se residente no país o estrangeiro que nele possua permanência definitiva.

Art. 3º Lei especial determinará as condições, restrições, limitações e demais exigências a que ficará sujeita a aquisição de imóvel rural por pessoa estrangeira natural ou jurídica, tendo em vista a defesa da integridade do território nacional, a segurança do Estado e a justa distribuição da propriedade.

Art. 4º Este Ato Complementar entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Três pontos ditavam a aquisição de terras por estrangeiros, conforme referido Ato Complementar: a) defesa da integridade do território nacional; b) segurança do Estado; c) justa distribuição da propriedade¹⁴.

Nota-se claramente uma preocupação com as fronteiras e a ocupação das terras no país por não-nacionais, sob a ótica do pensamento militar da época.

Com a Constituição Federal de 1988, o tema da aquisição e do arrendamento de propriedade rural está previsto no art. 190:

Art. 190. A lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira e estabelecerá os casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional.

Neste, dispõe-se que a regulação da matéria ficará a cargo da lei. Assim, a principal lei sobre a questão no país é a 5.709/71, já que não houve nova lei após a promulgação da CF/88.

Outros diplomas também se aplicam ao tema, como a Lei 8.629/93 (art.23), o Decreto 74.965/74, a Lei 6.634/79 (faixa de fronteira).

¹⁴ HAVRENNE, Michel F. D., Regularização fundiária rural, Curitiba: Juruá, 2018, p. 99.

3.2. Requisitos

Há alguns elementos a serem observados na aquisição e arrendamento de imóveis rurais por estrangeiros. Eles se dividem em requisitos para as pessoas físicas e para as pessoas jurídicas.

3.2.1. Pessoas físicas

É possível estipular três ordens de requisitos, quais sejam: a) nacionalidade; b) residência; c) dimensão da área¹⁵.

Quanto à nacionalidade, as restrições se aplicam aos estrangeiros, incluídos aí os portugueses não-equiparados.

Quanto à residência, o estrangeiro deve residir no país. O estrangeiro que reside fora do país, a *contrario sensu*, não pode adquirir ou arrendar imóveis rurais no país.

Quanto à dimensão do imóvel, para a pessoa física, há a seguinte divisão: a) imóvel com área igual ou menor a 3 módulos de exploração indefinida (MEI¹⁶); b) imóvel com área entre 3 e 50 MEIs; c) imóvel com área superior a 50 MEIs.

As regras da dimensão para as pessoas físicas estão basicamente no art. 3º da Lei 5.709/71 e no art. 23 da Lei 8.629/93:

Art. 3º - A aquisição de imóvel rural por pessoa física estrangeira não poderá exceder a 50 (cinquenta) módulos de exploração indefinida, em área contínua ou descontínua.

§ 1º - Quando se tratar de imóvel com área não superior a 3 (três) módulos, a aquisição será livre, independentemente de qualquer autorização ou licença, ressalvadas as exigências gerais determinadas em lei.

§ 2º - O Poder Executivo baixará normas para a aquisição de área compreendida entre 3 (três) e 50 (cinquenta) módulos de exploração indefinida. (Vide Lei nº 8.629, de 1993)

§ 3º - O Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, poderá aumentar o limite fixado neste artigo.

.....
Art. 23. O estrangeiro residente no País e a pessoa jurídica autorizada a funcionar no Brasil só poderão arrendar imóvel rural na forma da Lei nº 5.709, de 7 de outubro de 1971.

§ 1º Aplicam-se ao arrendamento todos os limites, restrições e condições aplicáveis à aquisição de imóveis rurais por estrangeiro, constantes da lei

¹⁵ HAVRENNE, Michel F. D., Regularização fundiária rural, Curitiba: Juruá, 2018, p. 100.

¹⁶ Módulo de exploração indefinida é medida fixada pelo INCRA, em hectares, e que varia conforme a região do país. O MEI deriva do módulo rural, sem especificar o tipo de exploração econômica, conforme HAVRENNE, Michel, Direito Agrário, Rio de Janeiro: Método, 2022, p, 21.

referida no caput deste artigo.

§ 2º Compete ao Congresso Nacional autorizar tanto a aquisição ou o arrendamento além dos limites de área e percentual fixados na Lei nº 5.709, de 7 de outubro de 1971, como a aquisição ou arrendamento, por pessoa jurídica estrangeira, de área superior a 100 (cem) módulos de exploração indefinida.

Para a), não é necessária autorização do INCRA, sendo a aquisição livre (§1º do art. 3º da Lei 5.709/71).

Para b), exige-se prévia autorização do INCRA (§2º do art. 3º da Lei 5.709/71).

Para c), há necessidade de autorização do Congresso Nacional (§3º do art. 3º da Lei 5.709/71 e art. 23, §2º, da Lei 8.629/93).

Ainda, há outros requisitos relacionados às áreas pertencentes a pessoas físicas estrangeiras num determinado Município. Segundo art. 12 da Lei 5.709/71, tem-se:

Art. 12 - A soma das áreas rurais pertencentes a pessoas estrangeiras, físicas ou jurídicas, não poderá ultrapassar a um quarto da superfície dos Municípios onde se situem, comprovada por certidão do Registro de Imóveis, com base no livro auxiliar de que trata o art. 10.

§ 1º - As pessoas da mesma nacionalidade não poderão ser proprietárias, em cada Município, de mais de 40% (quarenta por cento) do limite fixado neste artigo.

§ 2º - Ficam excluídas das restrições deste artigo as aquisições de áreas rurais:

I - inferiores a 3 (três) módulos;

II - que tiverem sido objeto de compra e venda, de promessa de compra e venda, de cessão ou de promessa de cessão, mediante escritura pública ou instrumento particular devidamente protocolado no Registro competente, e que tiverem sido cadastradas no INCRA em nome do promitente comprador, antes de 10 de março de 1969;

III - quando o adquirente tiver filho brasileiro ou for casado com pessoa brasileira sob o regime de comunhão de bens.

Assim, há que se observar que estrangeiros não poderão ocupar mais de $\frac{1}{4}$ da superfície do Município, sendo que estrangeiros de uma mesma nacionalidade não podem possuir mais de 10% da superfície territorial ($40\% \times \frac{1}{4} = 0,10$). Excetuam-se destes limites as situações indicadas no §2º do art. 12 da Lei 5.709/71. A dispensa, quando cabível, recai unicamente sobre a soma de 25% para estrangeiros e 10% para estrangeiros de uma mesma nacionalidade, e não sobre a necessidade de autorização pelo INCRA¹⁷.

¹⁷ HAVRENNE, Michel F. D., A aquisição de imóveis rurais por estrangeiros no Brasil, Revista dos Tribunais, São Paulo, v.919, p. 85-108, 2012.

Outra condição diz respeito à necessidade de aprovação de projeto de exploração para os casos em que a pessoa física estrangeira adquira imóvel rural com dimensão superior a 20 módulos, nos termos do art. 7º, §4º, do Decreto 74.965/74:

Art. 7º A aquisição de imóvel rural por pessoa física estrangeira não poderá exceder a 50 (cinquenta) módulos de exploração indefinida, em área contínua ou descontínua.

§ 1º Quando se tratar de imóvel com área não superior a 3 (três) módulos, a aquisição será livre, independentemente de qualquer autorização ou licença, ressalvadas as exigências gerais determinadas em lei.

§ 2º A aquisição de imóvel rural entre 3 (três) e 50 (cinquenta) módulos de exploração indefinida dependerá de autorização do INCRA, ressalvado o disposto no artigo 2º.

§ 3º Dependerá também de autorização a aquisição de mais de um imóvel, com área não superior a três módulos, feita por uma pessoa física.

§ 4º A autorização para aquisição por pessoa física condicionar-se-á, se o imóvel for de área superior a 20 (vinte) módulos, à aprovação do projeto de exploração correspondente.

§ 5º O Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, poderá aumentar o limite fixado neste artigo.

Ademais, caso o imóvel se situe em faixa de fronteira, será necessário o assentimento do Conselho de Defesa Nacional, nos termos do art. 7º da Lei 5.709/71 e do art. 2º da Lei 6.634/79:

Art. 7º A aquisição de imóvel situado em área considerada indispensável à segurança nacional por pessoa estrangeira, física ou jurídica, depende do assentimento prévio da Secretaria-Geral do Conselho de Segurança Nacional.

Art. 2º. - Salvo com o assentimento prévio do Conselho de Segurança Nacional, será vedada, na Faixa de Fronteira, a prática dos atos referentes a:
(...)

V - transações com imóvel rural, que impliquem a obtenção, por estrangeiro, do domínio, da posse ou de qualquer direito real sobre o imóvel;

VI - participação, a qualquer título, de estrangeiro, pessoa natural ou jurídica, em pessoa jurídica que seja titular de direito real sobre imóvel rural (...)

Logo, são diversos os requisitos a serem observados por pessoas físicas estrangeiras ao adquirirem ou arrendarem imóvel rural no país, sendo possível resumi-los em nacionalidade, residência e dimensão do imóvel rural.

3.2.2. Pessoas jurídicas

As pessoas jurídicas são as que detêm maior capacidade de investimento. Logo os requisitos a serem cumpridos são mais rigorosos.

Aplicam-se, no que couber, às pessoas jurídicas estrangeiras e pessoas jurídicas brasileiras equiparadas às estrangeiras as mesmas regras das aquisições realizadas por pessoas físicas.

No entanto, algumas diferenças são: a) necessidade de aprovação de projeto de exploração para área de qualquer dimensão; b) necessidade de autorização pelo INCRA de aquisição/arrendamento de imóveis com dimensão de área de até 100 MEIs, sendo necessária autorização pelo Congresso Nacional, nas áreas superiores a 100 MEIs; c) obrigatoriedade de autorização pelo INCRA, mesmo para imóveis rurais de dimensão não superior a 3 MEIs.

Um ponto importante recai na questão de pessoas jurídicas brasileiras equiparadas a estrangeiras. Há grande discussão sobre a recepção do §1º do art. 1º da Lei 5.709/71:

Art. 1º O estrangeiro residente no País e a pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil só poderão adquirir imóvel rural na forma prevista neste regulamento.

§ 1º Fica também sujeita ao regime estabelecido por este regulamento a pessoa jurídica brasileira da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras, físicas ou jurídicas, que tenham a maioria do seu capital social e residam ou tenham sede no exterior.

§ 2º As restrições estabelecidas neste regulamento não se aplicam aos casos de transmissão causa mortis.

Isso se deve em boa medida a pareceres da Advocacia-Geral da União. De forma sintética, houve 3 pareceres, quais sejam: a) LA 04/1994; b) LA 01/1997; c) LA 01/2010.

Os dois primeiros pareceres tinham como regra a livre aquisição e o arrendamento de terras rurais pelas empresas constituídas formalmente no país, mas com capital majoritário ou controlador estrangeiro.

O último parecer, de forma diversa, alterou a interpretação dada ao tema,

passando a exigir que as pessoas jurídicas brasileiras equiparadas a estrangeiras tivessem restrições para adquirir ou arrendar imóveis rurais no país.

A jurisprudência de tribunais superiores é escassa, no entanto, há decisões que seguem no sentido da necessidade de observância de requisitos para que a empresa brasileira equiparada a estrangeira adquira/arrende imóvel rural no país.

Nesse sentido, no STJ, é importante mencionar o Resp nº 1641038/CE, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, DJe 12.11.2018, em que ficou assentado que as empresas brasileiras equiparadas a estrangeiras, que pretendam usucapir imóvel rural, devem atender aos requisitos impostos pelo ordenamento. Veja-se:

RECURSO ESPECIAL. USUCAPIÃO. ESTRANGEIROS. PESSOA JURÍDICA BRASILEIRA. CONTROLE ESTRANGEIRO. EQUIPARAÇÃO. REQUISITOS ESPECIAIS. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. 1. Ação ajuizada em 01/10/2004. Recurso especial interposto em 26/08/2013 e atribuído a este Gabinete em 25/08/2016. **2. O propósito recurso consiste em determinar se, à luz dos arts. 1º, § 1º, 8º da Lei 5.709/71, é juridicamente possível a usucapião por pessoa jurídica brasileira, cujo capital social seja majoritariamente controlado por estrangeiros.** 3. A legislação impõe uma série de condições para a aquisição de terras rurais por estrangeiros, pessoas naturais ou jurídicas, pois nesta questão está envolvida a defesa do território e da soberania nacional, elementos imprescindíveis à existência do Estado brasileiro. 4. Por força do art. 1º, § 1º, c/c art. 8º da Lei 5.709/71, a pessoa jurídica brasileira também incidirá nas mesmas restrições impostas à estrangeira, caso participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e residam ou tenham sede no exterior. 5. As mesmas limitações existentes na aquisição de terras rurais existentes para as pessoas estrangeiras - sejam naturais, jurídicas ou equiparadas - devem ser observadas na usucapião desses imóveis. 6. Recurso especial provido para afastar a impossibilidade jurídica do pedido. (STJ - REsp: 1641038 CE 2016/0205813-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 06/11/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/11/2018) (grifos nossos).

No âmbito do STF, houve concessão de liminar na Ação Cível Originária (ACO) 2463, pelo Ministro Marco Aurélio, para suspender um parecer da Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que decidiu pela não recepção do §1º do art. 1º da Lei 5.709/71.

Diga-se, também, que corre no STF a ação de descumprimento de preceito fundamental nº 342/DF, que trata da aquisição e arrendamento de imóveis rurais por

pessoas jurídicas brasileiras equiparadas a estrangeiras¹⁸.

Enfim, o presente tema envolve inúmeros interesses, tanto de cunho econômico, como social e político, estando em franca ebulição nos dias de hoje.

4. ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Como se nota, a aquisição de terras rurais por estrangeiros trata da soberania, em seus múltiplos aspectos. Há impactos em questões sociais, econômicas, alimentares, políticas, jurídicas e na própria existência do Estado Brasileiro.

O Ministério Público, por sua vez, tem como funções a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

O *Parquet* deve atuar em casos de interesse público primário, zelando pela preservação das nossas leis.

Nos casos de aquisição e arrendamento de imóveis rurais por estrangeiros, o que se nota na prática é uma grande dificuldade da fiscalização do cumprimento dos requisitos normativos.

Isso porque, muitas vezes, os entes públicos não são capazes de fiscalizar adequadamente os requisitos necessários às referidas aquisições e arrendamentos.

Nota-se, em especial nos casos envolvendo pessoas jurídicas, que as mudanças societárias sequer são comunicadas aos cartórios de imóveis ou aos entes responsáveis pela expedição da autorização. Um exemplo corriqueiro é o de pessoas jurídicas com terras rurais que inicialmente possuem sócios brasileiros, mas que, ao longo do tempo, vão alterando a sua composição societária, que passa a ter maioria de estrangeiros, sem qualquer comunicação aos entes responsáveis pela autorização.

Outras vezes, são criados instrumentos que possuem nomenclatura de “parceria”,

¹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, STF não referenda liminar sobre compra de terras por empresas com sócio majoritário estrangeiro, disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=506842&ori=1>, acesso em 11/10/2024.

mas que na verdade são arrendamentos rurais.

O desrespeito à legislação brasileira acarreta inúmeras consequências, como na questão do preço e no fornecimento dos alimentos, na quantidade de terras rurais aptas à produção, na função social do imóvel rural, no desenvolvimento econômico e social, na propagação da miséria e da pobreza, nas questões ambientais, na segurança nacional e na soberania do país, dentre outros.

Tais direitos relacionam-se diretamente com interesses públicos primários, tidos como essenciais à sociedade, competindo ao *parquet* zelar pelo seu respeito.

Tendo em vista os bens jurídicos tutelados pela Lei 5.709/71, a violação das suas normas gera danos difusos, atingindo, no mais das vezes, pessoas indeterminadas.

O MP, para tanto, deve atuar na defesa do ordenamento pátrio, em especial para que se cumpram as normas que tratam da aquisição e arrendamento de imóveis rurais por estrangeiros.

CONCLUSÃO

A partir do fim da primeira década dos anos 2000, houve uma verdadeira corrida mundial por imóveis rurais.

No Brasil, país de dimensões continentais, a compra de terras por estrangeiros foi estimulada pela disparada nos preços de alimentos em todo o mundo e pela crise financeira global.

A aquisição de terras por estrangeiros, por sua vez, gera impactos na soberania, sendo que ela é um elemento do Estado, fundamento da República Federativa do Brasil, princípio da ordem econômica, base de tratamento paritário entre as nações e pilar do desenvolvimento socioeconômico de um povo.

As normas sobre aquisição e arrendamento de terras rurais por estrangeiros trazem uma série de requisitos, destacando-se os seguintes: a) nacionalidade; b) residência; c) dimensão da área.

A afronta aos requisitos para a aquisição e arrendamento de imóveis rurais por

estrangeiros gera impactos significativos na soberania de um país.

O MP como ente responsável por defender a ordem jurídica deve atuar para que os interessados cumpram as normas que tratam da aquisição e arrendamento de imóveis rurais por estrangeiros.

Essas normas repercutem em interesse públicos primários, de natureza difusa, que atingem uma quantidade indefinida de pessoas.

O desrespeito ao ordenamento jurídico impacta o preço e fornecimento dos alimentos, a quantidade de terras rurais aptas à produção, a função social do imóvel rural, o desenvolvimento econômico e social, a pobreza, as questões ambientais, a segurança nacional e a soberania do país, dentre outros.

A atuação do parquet é extremamente importante para que sejam garantidos os direitos acima elencados. O interesse público primário é o que deve guiar a atuação do MP. O respeito ao ordenamento jurídico mostra-se, nos casos de aquisição e arrendamento de imóveis rurais, uma tarefa bastante árdua, já que inúmeros interesses estão envolvidos, sendo tema que se encontra em constante discussão.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso, Curso de Direito Constitucional, 12ª edição, São Paulo: Saraiva, 1990.

BERCOVICI, Gilberto, Constituição econômica e desenvolvimento – uma leitura a partir da Constituição de 1988, São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL, Câmara dos Deputados (reportagem Tiago Miranda e edição Wilson Silveira), Banco Mundial: alta dos alimentos estimula compra de terras, disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/144105-banco-mundial-alta-dos-alimentos-estimula-compra-de-terras/>, acesso em 07/10/2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Suspenso parecer sobre aquisição de imóveis rurais por estrangeiros, disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325142>, acesso em 06/10/2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Liminar suspende processos sobre compra de terras por empresas brasileiras com sócio majoritário estrangeiro, disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=506292&ori=1>, acesso em 06/10/2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, STF não referenda liminar sobre compra de terras por empresas com sócio majoritário estrangeiro, disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=506842&ori=1>, acesso em 06/10/2024.

CYSNEIROS, Vicente Cavalcanti, O estrangeiro e a propriedade rural, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985.

FELÍCIO, César, Uruguai vai vetar compra de terras por estatais estrangeiras, jornal Valor Econômico, disponível em <https://valor.globo.com/mundo/coluna/uruguai-vai-vetar-compra-de-terras-por-estatais-estrangeiras.ghtml>, acesso em 07/20/2024.

GUIMARÃES, Ligia, Entenda a crise mundial dos alimentos, disponível em https://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,MUL427246-9356,00-ENTENDA+A+CRISE+MUNDIAL+DOS+ALIMENTOS.html, acesso em 05/10/2024.

HAGE, Fábio Augusto Santana; PEIXOTO, Marcus; VIEIRA FILHO, José Eustáquio Ribeiro, Aquisição de terras por estrangeiros no Brasil: uma avaliação jurídica e econômica, Rio de Janeiro: IPEA, 2012, disponível em https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1001/1/TD_1795.pdf, acesso em 07/10/2024, p .7.

HAVRENNE, Michel F. D., A aquisição de imóveis rurais por estrangeiros no Brasil, Revista dos Tribunais, São Paulo, v.919, p. 85-108, 2012.

HAVRENNE, Michel F. D., Direito Agrário, Rio de Janeiro: Método, 2022.

HAVRENNE, Michel F. D., Regularização fundiária rural, Curitiba: Juruá, 2018.

MATTOS NETO, Antonio José, Curso de Direito Agroambiental Brasileiro, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2024.

MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro (atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emanuel Burle Filho), 30ª edição, São Paulo: Malheiros, p.60.

PEREIRA, Lorena Izá, O que é estrangeirização da terra? Breves apontamentos para compreender o processo de apropriação do território por estrangeiros, CAMPO-TERRITÓRIO: revista de geografia agrária, v. 12, n. 26, p. 27-47, abr., 2017, p.29, disponível em <https://seer.ufu.br/index.php/campoterritorio/article/view/38115/22274>, acesso em 08/10/2024.

ROCHA, Olavo Acyr de Lima, O imóvel rural e o estrangeiro, São Paulo: LTR, 1999.

SAUER, Sérgio, Corrida mundial por terras e direitos territoriais no Brasil, disponível em <https://aspta.org.br/article/corrida-mundial-por-terras-e-direitos-territoriais-no-brasil/>, acesso em 05/10/2024.

VALOR ECONÔMICO, Nikkei Asia, Tensões crescem e EUA restringem compras de

terras por chineses, jornal Valor Econômico, disponível em <https://valor.globo.com/mundo/noticia/2023/02/21/tenses-crescem-e-eua-restringem-compras-de-terras-por-chineses.ghtml>, acesso em 07/20/2024.

A APLICABILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL AOS CRIMES PRATICADOS POR PESSOA JURÍDICA

THE APPLICABILITY OF THE NON-PROSECUTION AGREEMENT TO CRIMES COMMITTED BY LEGAL ENTITIES

Rogério Schietti Cruz

Doutor e Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP).
Professor dos cursos de pós-graduação da Uninove. Ministro do Superior Tribunal
de Justiça.

Fernando Geraldo Simão

Doutorando em Direito pela Universidade Nove de Julho – UNINOVE, sob a
orientação do Prof. Dr. Rogerio Schietti Cruz. Pós-graduado em Direito Processual
Penal pela Escola Paulista da Magistratura – EPM. Desembargador do Tribunal de
Justiça do Estado de São Paulo. E-mail: fernandogeraldosimao@gmail.com

RESUMO

O advento dos novos meios de justiça penal negociada, sobretudo, do acordo de não persecução penal, traz o questionamento sobre a possibilidade de sua aplicação aos crimes praticados por pessoa jurídica. Responder a esse problema é importante, pois o legislador tratou do tema tendo como paradigma apenas os crimes praticados pela pessoa natural. Neste breve estudo, avaliamos as hipóteses de criminalização da pessoa jurídica, bem como de cabimento do acordo de não persecução penal. Após, buscamos alinhar sistematicamente esses dois pontos. Nossas hipóteses prévias foram a possibilidade ou impossibilidade de se aplicar o acordo de não persecução penal à pessoa jurídica. Nesse ponto, não encontramos fundamento legal ou dogmático apto a justificar a ausência de tratamento isonômico entre pessoa física e pessoa jurídica. Assim, por meio de técnicas de hermenêutica, trouxemos reflexões propositivas no sentido de que a pessoa jurídica possui o direito de celebrar o acordo de não persecução penal.

Palavras-Chave: Acordo de não persecução penal. Justiça penal negociada. Pessoa jurídica. Crimes empresariais.

ABSTRACT

The insertion of new means to negotiated criminal justice, mainly, the Non-Prosecution Agreement, brings questions about its applicability to the felonies committed by companies. Answer to this issue is important because the legislator managed this matter having as a paradigm only the crimes committed by natural person. In this article, we analyze the possibility to criminalizes legal entities, as well as the hypotheses of appropriateness of the Non-Prosecution Agreement. Afterwards, we seek to systematically align these two points. Our previous hypotheses were the possibility or impossibility of applying the Non-Prosecution Agreement to the companies. At this point, we did not find any legal or dogmatic basis capable of justifying the absence of isonomic treatment between individuals and legal entities. Thus, through hermeneutic techniques, it is our understanding that companies have the right to celebrate the Non-Prosecution Agreement.

Keywords: Non-Prosecution Agreement. Negotiated criminal justice. Legal person. Business crimes.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo construir uma avaliação crítica a respeito do art. 28-A do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 13.964/2019, que introduziu no direito brasileiro o instituto do acordo de não persecução penal. Especificamente, o problema de pesquisa diz respeito à possibilidade do acordo de não persecução penal ser aplicado às pessoas jurídicas, quando estas estiverem no polo passivo da ação penal.

Para o desenvolvimento deste estudo, será necessário entender, inicialmente, as hipóteses em que o ordenamento jurídico brasileiro admite a prática de infração penal por pessoa jurídica e quais sanções podem ser aplicadas nesse âmbito. Por conseguinte, se avaliará o cabimento ordinário da celebração do acordo de não persecução penal e as suas repercussões.

A partir disso, será possível realizar uma análise epistemológica, à luz da dogmática e hermenêutica jurídica, objetivando responder ao problema de pesquisa: é possível celebração de acordo de não persecução penal por pessoa jurídica?

A relevância dessa questão se justifica pelas verdadeiras lacunas legislativas que o processo penal brasileiro possui, sobretudo no que diz respeito à pessoa jurídica como

sujeito passivo na relação processual penal. Se, por um lado, o legislador, quando motivado, cria tipos penais rapidamente, por outro, contudo, o direito processual penal não tem acompanhado as mudanças fáticas de nossa realidade, em grande medida relacionadas com a rápida evolução tecnológica, que tem interferido nas estruturas societárias transnacionais. A esse respeito serão formuladas reflexões propositivas que possam ser úteis no âmbito da prática forense empresarial.

1. A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

A Constituição Federal trouxe apenas três hipóteses em que a pessoa jurídica pode ocupar o polo passivo de uma ação penal, quais sejam, nos crimes praticados contra: a ordem econômica e financeira; a economia popular; e o meio ambiente (arts. 173, § 5º, e 225, § 3º, CF).

Entretanto, a eficácia de tais normas constitucionais é limitada, isto é, elas dependem da confecção de norma infralegal que discipline a sua aplicação. Nesse contexto, atualmente, o direito brasileiro disciplina apenas os crimes praticados contra o meio ambiente, por meio da Lei nº 9.605/1998.

Essa lei dispõe ser aplicáveis às pessoas jurídicas as penas de multa, restritiva de direitos e prestação de serviços à comunidade. Por sua vez, a restrição de direitos da pessoa jurídica pode se manifestar como suspensão de suas atividades, interdição temporária e proibição de contratar com o Poder Público, bem como de obter qualquer subsídio. Ainda, a prestação de serviços à comunidade pode ocorrer na forma de custeio de programas ambientais, recuperação de áreas degradadas, manutenção de áreas públicas e contribuições a entidades culturais ou ambientais (arts. 21 a 23).

A despeito disso, muito se debate sobre a responsabilização da pessoa jurídica, no âmbito penal, especialmente porque a ela não é possível a imposição de pena privativa de liberdade. Dessa maneira, as penalidades previstas, tais como suspensão de atividades, interdição temporária, proibição de contratar com o Poder Público, impossibilidade de receber incentivos fiscais, proibição de participar de licitações, entre outras, compatibilizam-se com o direito administrativo sancionador. Daí a argumentação de que o direito penal mínimo não deveria se imiscuir nessa temática.

A propósito, os críticos da responsabilização penal da pessoa jurídica aduzem que a noção de conduta e de culpabilidade são formuladas de acordo com a pessoa humana, sendo incompatíveis com as pessoas jurídicas¹. Aliás, embora haja quem sustente o contrário, parece ilógico sustentar que a pessoa jurídica teria uma espécie de vontade própria. Na medida em que se trata de uma ficção jurídica, é evidente que a vontade atribuída à pessoa jurídica emana, na verdade, das pessoas físicas que a administram. Nesse sentido:

A proposta da responsabilidade penal da pessoa jurídica é falaciosa, é contraditória, não tem nenhuma consistência científica. Procuram justificá-la e, no final, todos dizem a mesma coisa. No meu livro, fiz o estudo de dois sistemas teoricamente autônomos propostos para fundamentar a responsabilidade penal da pessoa jurídica: o primeiro, da professora Silvina Bacigalupo, da Universidade Autônoma de Madri, e o segundo, do Professor David Baigún, da Universidade de Buenos Aires. Os dois professores consideraram que tinham criado um sistema próprio penal de responsabilização de entes coletivos e, tento mostrar no meu livro, que, na verdade, ambos são mais do mesmo, ou seja, fundamentam proposta de responsabilidade penal da pessoa jurídica na maior reprovabilidade ética social do Direito Penal se comparado aos demais ramos do Direito e, em uma ideia de modernização com supostas vias protecionistas de bens supraindividuais (meio ambiente, ordem econômica)².

O autor dessa transcrição, Guilherme José Ferreira da Silva, menciona penalidade administrativa de 50 milhões de reais imposta à Petrobras, pelo derramamento de óleo da Baía da Guanabara, cujo pagamento se deu muito rapidamente. Refere que, pela via penal, com tramitação demorada nos tribunais, a punição monetária sequer chegaria a dois milhões de reais. Por tais motivos, no seu entender, deve prevalecer o direito administrativo sancionador em face ao Direito Penal³.

A esse respeito, Gianpaolo Poggi Smanio defende:

A adoção do sistema de dupla imputação, na hipótese de delitos praticados pelas pessoas jurídicas, permite que em relação às pessoas físicas não ocorra mudança, continuando o sistema penal tradicional com os conceitos e garantias individuais historicamente fixados. Em relação às pessoas jurídicas, entretanto, poderá ser firmado um novo sistema, rápido e eficaz, conforme exige a realidade da criminalidade empresarial⁴.

¹ SMANIO, Gianpaolo Poggio, A responsabilidade penal da pessoa jurídica, São Paulo: Complexo, 2004, p. 177.

² DA SILVA, Guilherme José Ferreira, Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 15, n. 60, p. 143-155, out.-dez. 2012, 2012, p. 147.

³ *Ibid.*, p. 148.

⁴ SMANIO, A responsabilidade penal da pessoa jurídica, p. 179.

Certo é que a questão não está pacificada. A celeuma acadêmica persiste, mas, a título exemplificativo, a lei ambiental vigente até o momento não foi declarada inconstitucional. Aliás, se o próprio texto constitucional – nos termos postos pelo constituinte originário – admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica, *a priori*, nem se poderia falar em inconstitucionalidade. Contudo, a evolução do debate sobre o tema pode, eventualmente, levar ao reconhecimento de uma mutação constitucional.

Para aprofundar tais reflexões, então, propõe-se a análise de um dos crimes mais comuns entre aqueles que podem ser atribuídos à pessoa jurídica, i.e., o crime ambiental de poluição, capitulado no art. 54 da lei 9.605/98, o qual penaliza qualquer ato de poluição capaz de causar danos à saúde humana ou à biota. Por ser norma ampla quanto às condutas, até mesmo ações de menor potencial ofensivo, que poderiam ser classificadas como simples irregularidades administrativas, hoje, são criminalizadas; por exemplo, descarte inadequado de lixo, queima a céu aberto de resíduos e materiais que proporcionam fumaça tóxica e contaminam o solo, tais como madeira, borracha, plásticos, alimentos etc.

De acordo com a lei, sua responsabilização penal somente poderá se dar por condutas provenientes de decisões de seus representantes legais, tomadas no interesse ou benefício da entidade. Isso não só quanto ao crime ambiental de poluição, mas para todos os crimes atribuídos à pessoa jurídica.

Enfim, não obstante o texto normativo atribua responsabilidade penal à pessoa jurídica, trata-se de uma ficção da lei. Por isso, parece inadequado, do ponto de vista da dogmática jurídica, imputar-lhe conduta como se tivesse vontade própria. Não tem. Diferentemente do indivíduo, que tem valor intrínseco, a pessoa jurídica não tem um fim em si mesma, mas é constituída como meio de se atingir um fim. Com efeito, o elemento subjetivo é inerente aos indivíduos e utilizam a empresa para lograr êxito em seus objetivos. Guardadas as devidas proporções, de maneira metafórica, a pessoa jurídica é inimputável, pois nem sequer possui estado anímico, não tem consciência própria e apenas se manifesta por intermédio de seus representantes. Assim, são estes devem responder criminalmente, quando for o caso e houver prova concreta de sua conduta, remanescendo a responsabilidade da pessoa jurídica apenas no âmbito extrapenal.

2. O CABIMENTO ORDINÁRIO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O acordo de não persecução penal foi introduzido pela Lei nº 13.964/2019, conhecida como “pacote anticrime”, no art. 28-A do Código de Processo Penal. Vejamos:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do [art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do [art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

Desde o advento da lei nº 9099/95 que cuida das infrações penais de menor potencial ofensivo, foi inserido em nosso contexto a justiça de consenso. Foi mitigado o princípio da obrigatoriedade da ação penal, proporcionando às partes a possibilidade da transação penal ou, em outras situações, a suspensão condicional do processo. Ao final, cumpridas pelo acusado as condições impostas, dá-se a extinção da punibilidade.

A chamada justiça penal negociada, que objetiva atingir a finalidade almejada pelo interesse público, sem necessidade dos infundáveis trâmites processuais, com economia da máquina judiciária e menor estigma ao acusado, foi introduzida mais amplamente pela lei já mencionada, conhecida como “lei anticrime” ou “pacote anticrime”. Desde a lei dos juizados especiais criminais, têm-se implementado em nosso

sistema acusatório as denominadas “saídas alternativas ao processo penal”⁵.

Paulatinamente, foram sendo construídas saídas alternativas ao processo tradicional. Neste sentido, ao lado da transação penal e da suspensão condicional do processo da Lei 9.099/1995, temos outras duas formas modernas de não judicialização de causas penais mediante a substituição do conflito pelo consenso⁶.

Depois de alguma digressão, Vladimir Aras acaba por definir que o acordo de não persecução penal é um dos mecanismos para se chegar à justiça de consenso.

A confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal pelo acusado é a primeira condicionante para que o representante do Órgão do Ministério Público faça a proposta do acordo de não persecução penal. Certamente, reside nesse ponto a maior dificuldade para aquele que recebe a mencionada proposta. Todas as outras condições trazidas na lei têm essência material, cuja aceitação e cumprimento não exigem ao agente conversar com o seu íntimo, com o ego moral.

A princípio, soa estranho alguém ter que confessar algo formalmente, de maneira plena em todos os seus detalhes, quando nem sequer existe acusação formal.⁷ A admissão

⁵ ARAS, Vladimir, *Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado*, CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó, 2018, p. 250.

⁶ *Ibid.*

⁷ Sobre o tema, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça concedeu ordem de Habeas Corpus para anular decisão que recusou a remessa dos autos à Procuradoria Geral de Justiça, assentando que [...] 2. A ausência de confissão, como requisito objetivo, ao menos em tese, pode ser aferida pelo Juiz de direito para negar a remessa dos autos à PGJ nos termos do art. 28, § 14, do CPP. Todavia, ao exigir a existência de confissão formal e circunstanciada do crime, o novel art. 28-A do CPP não impõe que tal ato ocorra necessariamente no inquérito, sobretudo quando não consta que o acusado – o qual estava desacompanhado de defesa técnica e ficou em silêncio ao ser interrogado perante a autoridade policial – haja sido informado sobre a possibilidade de celebrar a avença com o Parquet caso admitisse a prática da conduta apurada. 3. Não há como simplesmente considerar ausente o requisito objetivo da confissão sem que, no mínimo, o investigado tenha ciência sobre a existência do novo instituto legal (ANPP) e possa, uma vez equilibrada a assimetria técnico-informacional, refletir sobre o custo-benefício da proposta, razão pela qual “o fato de o investigado não ter confessado na fase investigatória, obviamente, não quer significar o descabimento do acordo de não persecução” (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do Acordo de Não Persecução Penal à luz da Lei 13.963/2019 (Pacote Anticrime)*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 112). 4. É também nessa linha o Enunciado n. 13, aprovado durante a I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do CJF/STJ: “A inexistência de confissão do investigado antes da formação da opinião delicti do Ministério Público não pode ser interpretada como desinteresse em entabular eventual acordo de não persecução penal”. 5. A exigência de que a confissão ocorra no inquérito para que o Ministério Público ofereça o acordo de não persecução penal traz, ainda, alguns inconvenientes que evidenciam a impossibilidade de se obrigar que ela aconteça necessariamente naquele momento. Deveras, além de, na enorme maioria dos casos, o investigado ser ouvido pela autoridade policial sem a presença de defesa técnica e sem que tenha conhecimento sobre a existência do benefício legal, não há como ele saber, já naquela oportunidade, se o representante do Ministério Público efetivamente oferecerá a proposta de ANPP ao receber o inquérito relatado. Isso poderia levar a uma autoincriminação antecipada realizada apenas com base na esperança de ser agraciado com o acordo, o qual poderá não ser oferecido pela ausência, por exemplo, de requisitos subjetivos a serem avaliados pelo membro do Parquet (hc 657.165/RJ j. em 9/12/2022).

do fato acontece fora do processo. Lembre-se que a formulação da proposta se dá fora do processo, administrativamente, pelo Ministério Público.

Além disso, a situação parece conflitar com o princípio da presunção do estado de inocência e com o direito de não autoincriminação. Assim, se não há sentença penal condenatória transitada em julgado, não há como, à revelia do texto constitucional, considerar culpado o indivíduo que celebra o acordo de não persecução penal.

As condições para a medida de consenso não são colocadas por quem transgrediu a norma penal, mas são postas pelo Estado Acusador que renuncia à sua pretensão punitiva, em face daquelas condições legais. Ao Estado Juiz, caberá única e tão somente analisar a voluntariedade e aspectos formais para homologação do acordo.

Não se perca de vista que o acusado, caso entenda ser inocente, pode preferir responder a todos os termos do processo e, ao final, obter a prestação da tutela jurisdicional de mérito. Seria ingenuidade, contudo, acreditar que todos os inocentes recusarão o acordo de não persecução penal. O indivíduo pode entender que o custo de oportunidade do acordo é menor do que o de enfrentar um processo penal. Recusando a proposição de consenso por meio da justiça penal negociada, logicamente o acusado, inocente ou não, correrá os riscos inerentes à condução da instrução probatória e ao eventual erro judiciário.

Ainda, é possível observar algumas vantagens e desvantagens do acordo de não persecução penal.

Por um lado, a justiça negociada, consensual, tende a ser vantajosa para os sujeitos processuais e para a sociedade, na medida em que dá uma solução ao conflito com um custo de transação muito menor do que o de um processo judicial. Com conhecimento prévio e segurança jurídica, o acusado aceita uma sanção penal mitigada. Ademais, mesmo quando o risco de condenação é aparente, não se desenvolve o processo, o que afasta o desgaste emocional e diminui as despesas financeiras dele decorrentes, tanto para a para o particular quanto para o Estado. Ao mesmo tempo, o órgão acusador e a sociedade saberão que o apontado infrator não ficará impune. Outrossim, evitando-se movimentar a custosa máquina judiciária, que deve ficar reservada aos casos que efetivamente exijam a sua atenção, conseqüentemente, tende a haver maior efetividade

na prestação da tutela jurisdicional⁸.

Por outro lado, existem críticas contundentes na doutrina, sobretudo, porque o acordo de não persecução penal acontece fora do processo, antes de instaurada a ação penal com acusação formal. O próprio acusador delimita a pena que deverá ser aceita pelo acusado e, uma vez homologada pelo juiz, a relação de consenso entre as partes, a execução passará a cargo do juízo das execuções.

A relação jurídica ensejadora da justiça consensual, realizada fora do processo penal formal, causa estranheza, pois é uma situação muito atípica no sistema penal acusatório. Isso, por certo, demandará aprimoramento legislativo e jurisprudencial⁹.

Existe ainda corrente que sustenta ser incompatível a prestação da Justiça, pelo Estado, mediante negócios. Com reprovação moral ao procedimento, argumentam ser inadequado que o Estado gerencie um “balcão de negócios”, em que se ajustam acusador e acusado; pois, segundo essa perspectiva, a solução para tal conflito poderia ser alcançada somente por meio do devido processo legal. Ainda, apontam o risco de serem celebrados acordos em casos que seriam arquivados de plano e não ensejariam instauração da ação penal¹⁰.

Enfim, embora existam críticas, que são válidas para o aprimoramento do novo instituto, não devem focar naquelas de ordem moral e presas à tradição, mas sim nas que analisam a efetividade do sistema normativo, por meio de reflexões propositivas. O instituto da justiça negociada é uma evolução do direito praticado em todos os povos do ocidente, não havendo motivo plausível para deixar de incorporá-la à legislação brasileira.

⁸ ALVES, Jamil Chaim, Justiça consensual e plea bargaining, *in*: Acordo de não persecução penal, [s.l.: s.n.], 2018, p. 207.

⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca; DA SILVA BRANDALISE, Rodrigo, Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa, *Revista da Faculdade de Direito*, n. 37, 2017, p. 256.

¹⁰ ALVES, Justiça consensual e plea bargaining, p. 208.

3. A POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL PELA PESSOA JURÍDICA: cabimento, representação, condições e vantagens

Na ausência de legislação processual específica para a pessoa jurídica em âmbito penal, a ela se aplica, no que couber, o Código de Processo Penal, que tem como finalidade a regulação do processo voltado à pessoa física, bem como, subsidiariamente, o Código de Processo Civil. É evidente a escassez legislativa nesse ponto, pois, de um lado, o legislador, quando lhe convém, cria tipos penais com muita rapidez, mas, por outro, pouco se preocupa em desenvolver a legislação processual.

Tal escassez legislativa, contudo, não existe só aqui. Maria João Antunes discorre sobre o mesmo problema em Portugal:

Uma das singularidades do ordenamento jurídico português é a ausência de norma de natureza processual penal específicas em matéria de responsabilidade penal da pessoa coletiva e entidade equiparada quando estas assumam a qualidade de arguidas. Tal ausência foi abrindo espaço ao labor doutrinal e jurisprudencial, nele se incluindo, muito justamente, Germano Marques da Silva, para quem o tema se apresentou da maior importância prática, por ‘ser cada vez mais importante para a comunidade e, por isso, para o direito penal a problemática da responsabilidade penal das pessoas coletivas e entidades equiparadas’¹¹.

É inquestionável que o processo penal clássico não oferece respostas corretas à tutela dos bens jurídico-penais coletivos. A legislação vigente é insuficiente e muitas vezes inadequada para a proteção dos bens jurídicos de dimensão coletiva¹².

Nesse sentido, de forma lógica e coerente, bem como evitando decisões surpresa e adotando-se cautelas para preservar a segurança jurídica, pode haver incidência harmonicamente, ao mesmo tempo, de duas ou mais leis¹³.

Referida solução hermenêutica autoriza a incidência das medidas despenalizadoras para a pessoa jurídica, inclusive, a celebração do acordo de não

¹¹ ANTUNES, Maria João, A representação da pessoa coletiva arguida no processo penal, p. 1787.

¹² DE ALMEIDA, Gregório Assagra; DE OLIVEIRA COSTA, Rafael, DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO DIREITO PROCESSUAL PENAL COLETIVO E O “PACOTE ANTICRIME”, p. 151.

¹³ DE GOES LIMA, Thadeu Augimeri, Acusação coletiva: um diálogo entre o processo penal e o processo coletivo (estudo sistemático do art. 80 do Código de Defesa do Consumidor), p. 222.

persecução penal, desde que preenchidos os requisitos do art. 28-A do Código de Processo Penal.

Destarte, preenchidas as condições da lei, pode perfeitamente a pessoa jurídica participar da justiça negociada com o órgão do Ministério Público. A voluntariedade da aceitação da proposta será manifestada por seu representante legal ou contratual, mediante o cumprimento daquelas condições cumulativas elencadas na lei.

Se porventura o Ministério Público se recusar a fazer a proposta do acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior¹⁴. Ainda, caso o órgão do Ministério Público se recuse a propor o acordo por conta da condição de pessoa jurídica, será possível a impetração de mandado de segurança, pois a lei não restringiu a justiça penal negociada às pessoas naturais.

Certo é que se a pessoa jurídica preencher os requisitos legais, anuindo às condições ajustadas por meio de seu representante legal ou contratual, poderá ter em seu benefício sanções menos severas do que aquelas elencadas nos artigos 21, 22 e 23, da lei nº 9.605/98.

Dessa forma, poderá evitar medidas mais severas, como a suspensão das atividades empresariais e a sua interdição, de maneira que o foco do acordo seja o pagamento de multa e a reparação do dano causado à coletividade.

Como já abordado antes, para a pessoa jurídica também surge o dilema da confissão, como condição precípua para o avanço da proposta despenalizadora. Assim, optando por não confessar, a consequência será a não aceitação da proposta e o avanço regular do processo penal.

Intrigante situação pode surgir na hipótese de, durante a execução e fiscalização do acordo, acontecer a sua revogação pelo não cumprimento de alguma condição. Então terá início o processo, com o oferecimento da denúncia, seu recebimento, a instrução criminal e demais atos até a prolação de sentença.

Nessa hipótese, emerge relevante ponto sobre a instrução criminal. O ato que faz

¹⁴ DE BARROS, Marco Antonio, Processo Penal: da investigação até a sentença, [s.l.]: Juruá Editora, 2019, p. 297.

o seu fechamento é justamente o interrogatório do réu, que fala por último, depois de produzidas as provas, conhecendo o que lhe é desfavorável, ou os pontos que abonam a tese defensiva. Mas lembremos que para a realização do acordo de não persecução penal ele já confessou formal e detalhadamente a prática do delito.

É de se entender, porém, que a referida confissão, prestada numa fase exclusivamente administrativa, sem denúncia formal, antes de formada a relação jurídica processual na sua forma triangular, não poderá ser aproveitada para a hipótese de instauração do processo penal. Neste, orientado pela defesa técnica, o acusado pode se retratar da confissão dada unicamente com a finalidade de buscar o sossego, por conveniências múltiplas. Instaurada a ação penal, não se pode ter como mitigados quaisquer dos princípios do devido processo legal¹⁵.

CONCLUSÃO

As relações sociais têm sofrido grandes mudanças ao longo das últimas décadas, alterando sobremaneira a forma como se manifestam as relações entre particulares, bem como entre estes e o Estado. O Direito não pode ficar inerte a tais alterações, devendo, portanto, acompanhar a evolução social. Nesse contexto, estão sendo introduzidas medidas despenalizadoras, que buscam, ao mesmo tempo, reduzir os custos de transação e aumentar a efetividade dos meios sancionatórios.

Acontece que o legislador, ao editar novas leis aptas a acompanhar tais mudanças sociais e perquirir o desenvolvimento dos textos normativos, muitas vezes o faz com técnica merecedora de crítica. Assim, evidencia-se a carência de organicidade no sistema jurídico que, se por um lado criminaliza condutas, por outro não apresenta legislação processual adequada no mesmo ritmo e com o mesmo interesse.

Efetivamente, com a criminalização de condutas da pessoa jurídica, esperava-se que concomitantemente se legislasse sobre o processo a ela atinente. Entretanto, isso não aconteceu. Dessa forma, em âmbito penal, ainda que, em tese, a pessoa jurídica possa ser responsabilizada, a ela se aplica precipuamente o Código de Processo Penal, que foi

¹⁵ SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto, Comentários ao pacote anticrime, 1. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 97.

concebido para a pessoa física. Esse fato pode ser visto como uma lacuna legislativa.

Mais recentemente, a Lei nº 13.964/2019, conhecida como “pacote anticrime”, introduziu novos meios da chamada justiça consensual ou negociada, com o advento do acordo de não persecução penal.

O instituto trata do tema como se sua aplicação somente se desse em relação à pessoa natural, o que é um equívoco. Entretanto, na medida em que não há impedimento expresso para a sua aplicação à pessoa jurídica, ao se adotar interpretação sistemática, será possível que esta celebre o acordo de não persecução penal. Com efeito, estando preenchidos os pressupostos legais, deverá o órgão acusador fazer a proposta de ANPP, com a finalidade de evitar o processo, mediante as condições proporcionalmente ajustadas, de forma isonômica em relação ao que ocorreria se o processo buscase a responsabilização de pessoa física.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Jamil Chaim. **Justiça consensual e plea bargaining**. In: Acordo de não persecução penal. [s.l.: s.n.], 2018, p. 193–214.
- ANDRADE, Mauro Fonseca; DA SILVA BRANDALISE, Rodrigo. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. *Revista da Faculdade de Direito*, n. 37, 2017.
- ANTUNES, Maria João. A representação da pessoa coletiva arguida no processo penal.
- ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó, p. 295, 2018.
- DA SILVA, Guilherme José Ferreira. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 60, p. 143-155, out.-dez. 2012. 2012.
- DE ALMEIDA, Gregório Assagra; DE OLIVEIRA COSTA, Rafael. Do acordo de não persecução penal no direito processual penal coletivo e o “pacote anticrime”.
- DE BARROS, Marco Antonio. *Processo Penal: da investigação até a sentença*. [s.l.]: Juruá Editora, 2019.

DE GOES LIMA, Thadeu Augimeri. Acusação coletiva: um diálogo entre o processo penal e o processo coletivo (estudo sistemático do art. 80 do Código de Defesa do Consumidor).

SMANIO, Gianpaolo Poggio. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. São Paulo: Complexo, 2004.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto. Comentários ao pacote anticrime. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

**CÁRCERE E GÊNERO: O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO
AGENTE FISCALIZADOR E INDUTOR DE POLÍTICA PÚBLICA NAS
PRISÕES FEMININAS À LUZ DO PENSAMENTO DE MARIA PAULA
DALLARI BUCCI**

*PRISON AND GENDER: THE ROLE OF THE PUBLIC PROSECUTOR'S
OFFICE AS A SUPERVISORY AGENT AND INDUCER OF PUBLIC POLICY
IN WOMEN'S PRISONS IN THE LIGHT OF THE THOUGHTS OF MARIA
PAULA DALLARI BUCCI*

Luciana Gomes Ferreira de Andrade

Doutoranda em Direito e Garantias Fundamentais pela FDV. Mestra em Segurança Pública pela Universidade de Vila Velha (UVV). Especialista em Meio Ambiente Urbanístico pela Fundação Escola do Ministério Público do Rio Grande do Sul. MBA em Gestão Sustentável pela Fucape/ES. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo (MPES). Subprocuradora-Geral de Justiça do MPES no biênio 2024/2026. Procuradora-Geral de Justiça do MPES nos biênios 2020/2024. Secretária-geral do MPES nos biênios 2002/2020. Endereço eletrônico: landrade@mpes.mp.br Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3083407260353749>

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer

Livre Docente pela Universidade do Rio de Janeiro (UniRio). Pós-doutora em Saúde Coletiva pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutora em Bioética pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Coordenadora e professora titular do Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Editora da Revista Direitos e Garantias Fundamentais - Qualis A1. Coordenadora do BIOGEPE - Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Políticas Públicas, Direito à Saúde e Bioética. Presidenta da Sociedade Brasileira de

Bioética. Bolsista de Produtividade em Pesquisa 2 do CNPq. <https://orcid.org/0000-0003-4303-4211>.

Endereço eletrônico: elda.cab@gmail.com

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8933361259561564>

RESUMO

O Brasil continua sendo um dos países com mais pessoas presas no mundo, entre homens e mulheres, atrás apenas dos Estados Unidos e da China. Partindo-se dessa realidade, e com base na citação de dados gerais e atualizados do sistema prisional brasileiro, o presente artigo tem como escopo o aprisionamento feminino sob uma perspectiva de gênero, com base nas lições de Maria Paula Dallari Bucci a respeito de políticas públicas como meio eficiente para a administração pública adimplir os primados constitucionais de direitos humanos, inclusive com a participação de instituições de controle, a exemplo do Ministério Público como fiscalizador e indutor dessa implementação, bem como corresponsabilizando-se pelo desenvolvimento de ações direcionadas ao atingimento do Objetivo 5 das ODS da ONU. Fundado na metodologia dialética para o seu desenvolvimento, o estudo busca responder ao seguinte problema de pesquisa: de que forma o pensamento de Maria Paula Dallari Bucci sobre políticas públicas pode ser utilizado para justificar a atuação do Ministério Público como agente fiscalizador e indutor de políticas públicas de gênero nas prisões femininas no Brasil? Conclui-se que o Ministério Público desempenha um papel essencial como fiscalizador e indutor de políticas públicas voltadas ao encarceramento feminino, destacando a necessidade de ações específicas para atender às demandas de gênero, em consonância com os primados constitucionais e as diretrizes internacionais de direitos humanos.

Palavras-chave: prisão feminina; política pública de gênero; Ministério Público.

ABSTRACT

Brazil continues to be one of the countries on the planet with the most people in prison, behind only of the United States and China. In this scenario, we obviously have men and women incarcerated. Starting from this reality, despite the citation of general and updated data from the Brazilian prison system, the present article intends to analyze on female imprisonment from a gender perspective, based on the lessons of Maria Paula Dallari Bucci regarding public policies as an efficient means for public administration complies with the constitutional principles of human rights, including with the participation of control institutions, such as the Prosecutor's Office as a supervisor and inducer of this implementation, as well as sharing responsibility for the development of actions aimed at achieving Goal 5 of the UN Sustainable Development Goals (SDGs). Based on the dialectical methodology for its development, the study seeks to answer the following research problem: how Maria Paula Dallari Bucci's thoughts on public policies can be used to justify the role of the Prosecution as a supervisory agent and inducer of public gender policies in women's prisons in Brazil? It concludes that the Prosecutor's Office plays an essential role as a supervisor and inducer of public policies focused on female incarceration, emphasizing the need for specific actions to address gender demands in alignment with constitutional principles and international human rights guidelines.

Keywords: women's prison; public gender policy; prosecution.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil é um dos países com os maiores quantitativos de pessoas encarceradas do planeta, população essa crescente, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da China, conforme habitualmente veiculado na imprensa mundial, a partir dos dados estatísticos publicizados pelos respectivos países (Carvalho, 2024).

Esse crescimento da população carcerária revela uma tendência que reverbera de uma política criminal de endurecimento das penas e dos regimes para o seu cumprimento, com a ideação de conter a ocorrência de crimes, sobretudo os mais graves. Entretanto, na prática, essa política tensiona ainda mais as estruturas prisionais, cujas vagas já eram insuficientes para atender aos novos marcos legislativos criminais.

Nesse cenário de falta de vagas em presídios, a atenção às necessidades da população encarcerada, sob a perspectiva de gênero, também acaba relegada a um plano futuro ou sequer percebida pelos agentes públicos, destoando das orientações internacionais, documentos dos quais o Brasil é signatário (Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres, 2006), como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, assinada em 1979 e internalizada na legislação nacional em 1988, que reforçam a defesa das mulheres e obrigam os profissionais do direito a segui-los em suas atividades (Castilho e Campos, 2018).

Sob esse contexto, é imperioso registrar que é papel de várias instituições públicas fiscalizar para assegurar a proteção dos Direitos Humanos Fundamentais das pessoas presas e o correto cumprimento das penas, entre elas o Ministério Público, que aparece na Lei de Execuções Penais como um dos órgãos centrais com a função de fiscalizar e induzir os princípios estabelecidos na referida legislação (Brasil, 1984).

Uma das formas que o Estado utiliza para concretizar os direitos da população encarcerada é por meio das políticas públicas. Nesse sentido, a observância da perspectiva de gênero na política pública prisional e na atuação das instituições estatais, como o Ministério Público, é corolário obrigatório para atender ao princípio da isonomia, segundo

o qual a igualdade reside em atender os desiguais na medida de suas desigualdades e/ou necessidades, na mais intrínseca essência constitucional que prestigia a isonomia, na qual todos têm direito à prestação estatal e jurisdicional, independentemente de sua raça, credo, condição social, de livre ou preso e, por que não, de gênero (Bonavides, 1997).

Assim, surge o seguinte problema de pesquisa: de que forma o pensamento de Maria Paula Dallari Bucci sobre políticas públicas pode ser utilizado para justificar a atuação do Ministério Público como agente fiscalizador e indutor de políticas públicas de gênero nas prisões femininas no Brasil?

Para responder ao problema proposto, adotou-se o método dialético, e para uma melhor compreensão traz a experiência de Maria Paula Dallari Bucci.

De forma sucinta, o artigo é estruturado em três capítulos didáticos, divididos para uma melhor compreensão do conteúdo. No primeiro capítulo, apresenta-se uma contextualização histórica das unidades prisionais no Espírito Santo, especialmente as femininas, até a atualidade. No segundo capítulo, destaca-se a importância das políticas públicas como direito fundamental das pessoas, à luz do pensamento de Maria Paula Dallari Bucci. Por fim, no terceiro capítulo, analisam-se os possíveis reflexos da atuação do Ministério Público no papel de fiscal da política prisional feminina e de indutor para que essa política atenda aos primados de gênero e, portanto, aos Direitos Humanos Fundamentais das mulheres encarceradas.

Para tanto, o estudo apoia-se na exploração bibliográfica de artigos científicos a respeito de encarceramento em geral e, notadamente, de mulheres no Brasil, além da pesquisa de publicações sobre o assunto na imprensa. E, para o melhor cotejo desses elementos qualitativos da pesquisa, são apresentados dados estatísticos para corroborar a hipótese defendida no artigo.

2. O CÁRCERE NO BRASIL E NO ESPÍRITO SANTO: ALGUMAS IMPRESSÕES

Por muitos anos, o Brasil tem sido notícia de recorrentes violações de direitos humanos das pessoas presas, o que mais recentemente levou à Suprema Corte, em uma

Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 347, estabelecer que no país o sistema prisional é caso de Estado de Coisas Institucional (Brasil, 2015).

Conforme dados apresentados pela Secretaria Nacional de Políticas Penais - SENAPPEN no 15º Ciclo de Levantamento de Informações Penitenciárias do Sistema Nacional de Informações Penais – SISDEPEN, relativos ao segundo semestre de 2023, o número total de custodiados no Brasil subiu para 650.822 mil em celas físicas e 201.188 mil em prisão domiciliar, sem contar os 100.755 mil presos em monitoração eletrônica (SENAPPEN, 2024).

Se, por um lado, os números do encarceramento no Brasil são crescentes, por outro, as vagas disponíveis são insuficientes para essa grande quantidade de pessoas segregadas, desdobrando-se desse déficit, várias mazelas, desde a ausência de aeração e salubridade, passando por precário atendimento à saúde, até a inexistência de postos de trabalho, educação e formação profissional que consigam atender parte relevante dos presos (Brasil, 2015).

Logo, se a decisão nacional é a de aumentar o uso desse modelo penal de combate à criminalidade, é preciso promover mecanismos de administração que atendam a essa necessidade, de modo que sejam atingidos níveis mais elevados de eficiência nas prisões, com menor reincidência e maior desestímulo à prática de novos crimes, entre outros pontos de interesse do legislador e do sistema de segurança pública.

No Estado do Espírito Santo, as violações graves aos direitos humanos da população carcerária era uma prática comum, inclusive, em razão disso, alvo da imprensa local a qual, constantemente, denunciava a precariedade das estruturas prisionais. Em decorrência dessa mazela, até mesmo denunciada aos organismos internacionais de direitos humanos, o governo passou, a partir da segunda metade da primeira década de 2000, a investir mais recursos orçamentários na infraestrutura prisional do estado (Espírito Santo, 2010).

Registra-se que uma das pesquisadoras atuou na execução penal desde o início da carreira, em 2003, como membra do Ministério Público do Estado do Espírito Santo – MPES e integrante do Grupo Especial de Trabalho em Execução Penal – GETEP, acompanhando esse processo de transformação do sistema carcerário capixaba de forma

participativa, eis que detinha atribuição funcional direta como órgão junto à Vara de Execução Penal, além da atuação extrajudicial no fomento à política pública prisional em todo o estado, por meio da atuação no GETEP/MPES (Andrade, 2020).

Esse sistema, outrora tido como masmorras (Lemos, 2007), que, em 2003, possuía apenas “13 unidades prisionais, a maior parte com graves danos estruturais e modelos arquitetônicos ultrapassados do ponto de vista da segurança prisional”, atualmente é visto como um exemplo positivo do comprometimento público na construção de novos equipamentos públicos e de uma nova política de encarceramento (Sejus, 2017).

Atualmente, 2024, o Espírito Santo conta com 37 unidades prisionais, além de incentivar e premiar, por meio do Prêmio Humaniza, projetos, atitudes e parcerias que visam impactar positivamente a vivência dos presos e servidores do sistema prisional.

No mesmo sentido, por ocasião do exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, a Ministra Cármen Lúcia, em visita ao sistema prisional capixaba, professou a boa impressão da seguinte forma: “observamos uma melhoria do Espírito Santo, que, em 2009 e 2010, teve inspeções do CNJ que, naquela época, constatou uma das piores situações do país. Hoje, a gente não vê mais essas condições, pelo que observei”. E, ao constatar presencialmente as condições da Penitenciária Feminina de Cariacica, conhecida como “Bubu”, disse:

O presídio feminino tem uma condição especialmente boa, considerando não apenas a realidade do Brasil, mas mesmo em quaisquer outras condições. Temos um presídio apresentável que cumpre rigorosamente as normas constitucionais e de execuções penais’, declarou a Ministra Cármen Lúcia para a TV Justiça/ES.

Mas o que mudou no Estado do Espírito Santo, que foi disruptivo para deflagrar um ciclo de contínuas melhorias ao afastar um estado completamente inconstitucional para um modelo cada vez mais aproximado das diretrizes de gênero dentro de seus cárceres para mulheres?

Até 1997, as mulheres, no Estado do Espírito Santo, eram aprisionadas em celas das delegacias de polícia espalhadas pelo território capixaba ou, sob a gestão da Polícia Civil, no Presídio Feminino de Jardim América, localizado no Município de Cariacica,

não havendo, na estrutura da Secretaria de Justiça, uma unidade penitenciária própria para elas, o que ocorreu no citado ano, com a inauguração da Penitenciária de “Tucum”, um bairro também dessa cidade de Cariacica, município da Região Metropolitana da Grande Vitória. O que era tido como ideal, quando de sua inauguração em 1997, uma nova edificação, com o passar dos anos foi sofrendo total degradação, a ponto de, no início do atual milênio, ser exemplo de violação de direitos humanos.

Essa foi a constatação do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP, em visita realizada na então Penitenciária de “Tucum”, em maio de 2009:

Entulho, lixo e seres humanos. ‘O que vimos foi um tratamento igual para tudo isso. Há ainda uma cela metálica de castigo, sem ventilação, sem energia elétrica, onde são colocadas as presas que cometem alguma infração disciplinar’, destacou Juliana Miranda, que participou da visita ao presídio feminino.

De acordo com os dados colhidos na visita, o presídio feminino – que também tem uma parte feita de alvenaria – abrigava 601 presas. Ao todo, a unidade tem capacidade para manter 100 internas. Juliana ainda relatou que, apesar de os contêineres serem destinados às presas do regime semiaberto, poucas internas trabalham ou estudam.

Com isso, elas ficam trancafiadas durante todo dia. ‘O que vimos é que 95% das internas não estudam ou trabalham’, disse.

A coordenadora relatou ainda que nas celas de alvenaria a situação das presas é de total humilhação. ‘Há infiltração em todo presídio. As celas não têm ventilação, e as mulheres estão empilhadas. Algumas mulheres mais velhas não conseguem nem andar e precisam da ajuda das colegas de celas para se locomover’ (Lima, 2009).

Esse era o retrato da única unidade feminina na Região Metropolitana da Capital do Estado do Espírito Santo em 2009, uma penitenciária que, mesmo com toda sua estrutura de alvenaria comprometida e superlotada, em razão da existência de 601 (seiscentas e uma) pessoas presas, onde o limite da capacidade máxima prevista era de 100 (cem) mulheres, recebeu alguns contêineres para tentar amenizar o excesso populacional, piorando ainda mais as condições das encarceradas. Nessa visita, os conselheiros ainda constataram muitas mulheres com doenças de pele e com problemas respiratórios, além do pequeno número de atendimentos médicos e da ausência de atendimento médico-ginecológico, entre outras mazelas (Lima, 2009).

Em 2010, com a desativação da unidade de Tucum (Governo do Estado do Espírito Santo, 2010), é inaugurada a nova Penitenciária Estadual Feminina de Cariacica, no bairro de Bubu.

A nova unidade prometia dignidade humana às mulheres presas, equipamento prisional mais moderno, aerado e salubre, com espaços próprios de atendimento médico e psicossocial, além de assistências jurídica e religiosa, atividades educacionais e laboroterápicas, nos moldes do que preconiza a Lei de Execução Penal, Lei Federal nº 7.210/84 (Brasil, 1984), o que foi certificado pelo Conselho Nacional de Justiça em visita ao local, registrando detalhes relativos ao berçário existente, possibilitando melhor cuidado às gestantes e às lactantes, bem como aos seus filhos (Sejus, 2018).

Ao analisarmos essas impressões, podemos concluir que as mudanças estruturais entre Tucum e Bubu indicam que investir em novo equipamento, com melhores condições de estrutura, foi fundamental para permitir a implementação de novas rotinas e atendimentos mais humanizados às mulheres, inclusive no tocante aos cuidados com a saúde, a maternidade, bem como em outras searas, com o oferecimento de postos de trabalho e formação educacional, com atendimento específico às mulheres em razão da sua própria condição de mulher. Não obstante, em 2020, os agentes públicos que gerenciavam a Secretaria de Estado da Justiça e a própria unidade, afirmavam que ainda não possuíam uma política prisional de gênero formalmente instituída para as mulheres capixabas encarceradas (Andrade, 2020).

Portanto, tem-se que, para garantir a efetivação dos direitos fundamentais dos encarcerados, o poder público deve movimentar suas estruturas burocráticas em favor da sociedade, inclusive das mulheres egressas, “por meio de políticas públicas eficazes, que atendam à perspectiva de uma equidade de gênero, como um dever de estado” (Andrade, 2020, p. 11).

3. A IMPORTÂNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO DIREITO FUNDAMENTAL DAS MULHERES PRESAS: O QUE NOS DIZ MARIA PAULA DALLARI BUCCI

Nesse capítulo, com base na proposição teórica de Maria Paula Dallari Bucci (2006), analisamos a importância das políticas públicas sob a perspectiva de gênero e apresentamos as vertentes que impõem ao Ministério Público garantir que o dever estatal se materialize.

3.1. DAS POLÍTICAS PÚBLICAS À LUZ DO PENSAMENTO DE MARIA PAULA DALLARI BUCCI

Maria Paula Dallari Bucci (2006), estudiosa das políticas públicas, explica a relação entre direito e política e a relevância de estudar as políticas públicas pela ótica jurídica, apontando que esse aprofundamento demonstra o lugar da participação popular e das instituições jurídico-políticas na execução e efetivação das políticas públicas, rompendo com o conceito inicial, que reduzia as políticas públicas a mecanismos de intervenção do público sobre a atividade privada, ante a natureza intervencionista e prestacional que, em diretriz geral, atua “tanto para a ação de indivíduos e organizações, como do próprio Estado” (Bucci, 2006, p. 247).

Nessa toada, as políticas públicas podem ser compreendidas como “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (Bucci, 2006, p. 241), e, sendo consideradas sinônimo dos “programas de ação governamental”, são capazes de efetivar os direitos sociais e transindividuais positivados.

A legislação vigente dispõe que os “programas de ação governamental” são passíveis de controle judicial (Bucci, 2009), ou seja, as políticas públicas estão submetidas ao controle judicial, e o Ministério Público, como órgão judicial com atribuição constitucional para fiscalizar, possui um papel de responsabilidade, qual seja, utilizar o “controle judicial para a garantia do exercício dos direitos” e como “instrumento da força normativa da Constituição e das leis” (Bucci, 2009, p. 1).

Além disso, o órgão ministerial deve participar ativamente da execução coletiva das políticas públicas, contribuindo com seus conhecimentos e expertise para dar concretude a esses anseios, pois “a eficácia de políticas públicas consistentes depende diretamente do grau de articulação entre os poderes e agentes públicos envolvidos” (Bucci, 2006, p. 249).

Logo, a atuação do Ministério Público, como instituição constitucional permanente, incumbida da proteção de direitos indisponíveis, bem como do regime

democrático e da ordem jurídica (Brasil, 1988), é essencial para a concretização de direitos assegurados em lei e para que essas ações possam ser aplicadas no controle das políticas públicas. Ou seja, a ação ministerial pode ser fundamental para a construção e cumprimento das ações governamentais (Bucci, 2009).

4. A IMPORTÂNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO DIREITO FUNDAMENTAL DAS MULHERES PRESAS

A mulher encarcerada sofre uma dupla estigmatização, tanto como transgressora da ordem social quanto por violar seu papel materno e familiar, em uma sociedade que é influenciada por uma ideologia machista, patriarcal e colonialista (Lemgruber, 1999).

A ideologia colonialista que está inserida em nossa sociedade contemporânea reverbera dentro dos cárceres, mesmo porque as unidades prisionais femininas possuem a mesma estrutura do modelo masculino, sendo os homens aqueles que, em regra, exercem majoritariamente os cargos de deliberação das prioridades e as executam.

Tanto que, o Conselho Nacional de Secretários de Estado de Justiça, Direitos Humanos e Administração Penitenciária – CONSEJ, o qual congrega todos os secretários que lideram a gestão prisional estadual e nacional no Brasil, possui apenas duas mulheres no exercício da função de Secretária de Estado de Justiça e/ou Administração Penitenciária de todo o Brasil, especificamente nos Estados do Rio de Janeiro e Sergipe (Paraíba, 2024), ou seja, “se, anteriormente, as mulheres lutaram pelo exercício do direito ao voto, hoje, depreendem esforços em busca de uma maior inclusão nas cadeiras representativas” (Vargas; Hennig, 2022, p. 87).

No que se refere à participação democrática na elaboração do planejamento estratégico prisional, não se têm notícias do envolvimento das mulheres encarceradas e/ou de seus familiares. Nessa toada, as mulheres não se sentem vistas, tampouco representadas, posto que não participam ativamente desses espaços de fala e de escuta, sobrevivendo dentro dos cárceres a partir de modelos estatais desenhados por um público predominantemente masculino, eis que os líderes das pastas que cuidam dessa matéria, como já citado, são majoritariamente homens.

A ausência da presença feminina tanto nos espaços de poder como no espaço de escuta qualificada das mulheres, explica a ausência de política pública para a população carcerária feminina, elaborada sob a perspectiva de gênero. Logo, a política pública modelada e executada exclusivamente para as mulheres terá como objetivo assegurar e garantir os seus direitos humanos fundamentais.

Nesse sentido, Maria Paula Dallari Bucci (2015, p. 2) explica que o “alcance de uma política pública é, por definição e necessariamente, supraindividual, envolvendo uma coletividade determinada, com demandas e expectativas comuns”, ou seja, a liberdade dos cidadãos está diretamente vinculada às decisões políticas de seus representantes políticos, ou seja, para o pleno exercício da cidadania, mister que os agentes públicos desempenhem com eficiência o seu papel de garantir direitos à população, seja ela qual for, sobretudo para a população carcerária, visto que o constituinte brasileiro não autoriza a sonegação de direitos fundamentais aos presos e presas (Torres, 2007).

Desse modo, verifica-se a importância da convergência do estado e da sociedade para a implementação de políticas públicas e sociais que atendam às premissas instituídas pela legislação, necessárias para o aprimoramento do tecido social em prol da coletividade.

Nesse particular, como visto, o Ministério Público tem atuação preponderante como fiscalizador das políticas públicas que resvalam em direitos fundamentais da pessoa humana, devendo acompanhar a execução dessas atividades para que sejam devidamente planejadas e executadas.

Bucci sustenta a necessidade de encontrarmos novos modelos de execução de políticas públicas, diante do esgotamento dos atuais, já deteriorados pela sua insuficiência em alcançar a concretização dos direitos fundamentais das pessoas. Para ela, o princípio da eficiência, agora expresso na Constituição Federal de 1988, “determina uma nova organização de valores, uma reinterpretação do modo de conceber o funcionamento da Administração Pública”, a fim de perseguir o “cumprimento da legalidade material” (Bucci, 2006, p. 181).

Assim, independentemente de eventuais crenças estereotipadas sustentadas por alguns que pregam o ideal de que “bandido bom é bandido morto” ou de que “a prisão

deve se justificar como mero meio de castigo contra aquele que transgrediu a norma penal”, e nada mais, no sistema jurídico e constitucional pátrio, as mulheres encarceradas possuem o direito a uma política pública que observe as suas especificidades de gênero. E, assim sendo, conforme as lições de Maria Paula Dallari Bucci, o Ministério Público como instituição fiscalizadora deve exercer o seu papel constitucional central de perquirir essa concretização, o que discorreremos mais detalhadamente no próximo capítulo.

5. O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO FISCALIZADOR E INDUTOR DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PRISIONAIS DE GÊNERO

Os movimentos feministas se fortaleceram no Brasil a partir da década de 70, entoando a necessidade de observância da perspectiva de gênero em todos os segmentos da sociedade, inclusive no terreno da administração pública (Farah, 2004).

Mais adiante, nos idos de 1990, duas conferências internacionais tornaram-se norteadoras para a concretização dos direitos das mulheres, a Conferência Mundial de Viena sobre os Direitos Humanos, em 1993, e a IV Conferência sobre a mulher, em 1995, em Pequim, estabelecendo obrigações para as instituições do Sistema de Justiça, consistentes na observância da perspectiva de gênero na atuação de seus integrantes, a fim de não revitimizar as mulheres, sobretudo as já vítimas (Castilho, 2018).

Então, de forma distinta, os termos sexo e gênero começam a ser mais propalados, de um lado o primeiro, como indicador da nossa estrutura anatômica e biológica, homem ou mulher, enquanto gênero é conceito que designa esses sujeitos conforme as suas diferenças sociais e culturais, ressignificando o masculino e o feminino (Scott, 1995). Ademais, “existem várias concepções de feminismo, patriarcado, mulher, gênero e essas se constroem e se reconstroem no tempo e na história” (Bussinguer; Siqueira, 2020, p. 148).

O Ministério Público, encartado na Constituição Federal no Capítulo IV - Das Funções Essenciais à Justiça - como uma instituição permanente e autônoma, tem a competência de defender a ordem jurídica e os direitos fundamentais indisponíveis. Nesse sentido, deve zelar para que os serviços de relevância pública assegurem tais garantias

das pessoas (Brasil, 1988), notadamente, das mulheres.

Para tanto, a própria Constituição Federal outorga ao Ministério Público uma série de ferramentas jurídicas para atuar extrajudicial e judicialmente, podendo, portanto, agir além do clássico modelo calcado na propositura de ações junto ao Poder Judiciário. Aliás, no tocante à seara do sistema prisional, a Lei de Execuções Penais estabelece que o Ministério Público é órgão da Execução Penal, impondo-lhe o dever de visitar mensalmente os presídios, a fim de constatar (ir)regularidades e, a partir disso, tomar as providências cabíveis (Brasil, 1984).

Assim, se ao estado compete planejar e executar as suas ações se utilizando de políticas públicas estruturadas, essas devem, no caso também das mulheres encarceradas, observar a perspectiva de gênero, cuja sua (in)existência é uma particular consideração que o Ministério Público deve ter como foco.

Dessa primeira providência, qual seja, checar a existência da política, transbordar-se-á o dever de adimplir os preceitos nela estabelecidos como política pública instituída, em cotejo com a sua adequação frente aos primados norteadores dos marcos legais e supraconstitucionais, os documentos internacionais os quais o Brasil ratificou.

E, assim, o Ministério Público em suas atividades constitucionais de controle, de fiscalizar e induzir as ações de estado, é essencial para que as políticas públicas sejam concretizadoras da legislação em vigor, conforme compromisso da administração pública, atendendo ao interesse social de todos.

CONCLUSÃO

Como se demonstrou ao longo desse estudo, as constantes violações das dignidades humanas fundamentais da população encarcerada no Brasil deram origem à proposição da ADPF nº 347 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. 04 de outubro de 2023). Contrariamente ao cenário nacional, o Estado do Espírito Santo se destaca pelo comprometimento público com a política de encarceramento. Cabendo ressaltar, entretanto que, apesar do reconhecimento positivo, não possui uma

política pública específica para as mulheres encarceradas.

Assim, a análise do sistema prisional feminino revela um cenário complexo, marcado por desafios e transformações profundas. A transição das condições de encarceramento das mulheres, exemplificada pela evolução da Penitenciária Estadual Feminina de Cariacica de Tucum para Bubu, evidencia um avanço significativo na melhoria da infraestrutura e na implementação de políticas mais humanizadas. Contudo, a ausência de uma política prisional formalmente instituída que contemple especificamente as demandas de gênero ainda representa um ponto crítico a ser enfrentado.

A proposição teórica de Maria Paula Dallari Bucci sobre políticas públicas demonstra que a ausência de concretização dos direitos humanos fundamentais dos cidadãos brasileiros revela a necessidade de formular e elaborar novos modelos de execução de políticas públicas. Reforça, ainda, a necessidade de coordenação eficaz das ações do estado para atingir objetivos socialmente relevantes às mulheres em situação de prisão, destacando o papel crucial do Ministério Público como agente de controle e de promoção desses direitos.

Nesse contexto, a atuação do Ministério Público emerge como fundamental, na medida em que deve comprometer-se com a garantia da dignidade da população brasileira, especialmente das mulheres encarceradas, considerando os seus direitos fundamentais sob uma perspectiva de gênero, conforme preconizado pela legislação nacional e pelos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Portanto, é imperativo que as instituições públicas, em especial o Ministério Público, continuem a desempenhar seu papel de vigilância e impulso na implementação de políticas públicas de gênero nas prisões, assegurando que essas medidas não apenas atendam às necessidades específicas das mulheres, mas também promovam uma justiça social mais ampla e equitativa para elas enquanto sujeitos de direito.

O presente trabalho direcionou-se no sentido de contribuir para a formulação de um desenho institucional da política pública prisional feminina, defendendo a tese de que o Ministério Público tem papel fundamental como fiscal e indutor também dessa política, diante das demandas específicas de gênero existentes na realidade legal, nos marcos

jurídicos internacionais que o Brasil recepcionou.

Destaca-se também que o intuito de debater o presente tema, muitas vezes restrito aos gestores e doutrinadores jurídicos da área penal ou da segurança pública estatal, é o de despertar a devida atenção para essa problemática prisional feminina, aumentando a percepção e a sensibilidade geral para o atendimento dos primados de gênero, algo que se mostra totalmente conveniente e convergente com a contemporaneidade, em especial com as diretrizes do Objetivo 5 do Desenvolvimento Sustentável, da Agenda do Milênio, propagada pela Organização das Nações Unidas - ONU.

Por fim, conclui-se que o Ministério Público deve atuar como um mecanismo institucional para garantir a dignidade humana, por meio da fiscalização de políticas públicas capazes de concretizar os direitos humanos fundamentais da população carcerária feminina brasileira.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Luciana Gomes Ferreira de. **De TUCUM a BUBU: a trajetória do encarceramento feminino em Cariacica (ES) investigada sob a ótica de gênero, de 1997 a2020.** In: IV Encontro Nacional do GT Estudos de Gênero - ANPUH - Espaços e caminhos dosFeminismos: História, diversidade e resistências, 2447-1755, 2020, São Paulo. Anais.

ARENDT, Hannah. **A condição Humana.** 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de1988. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. **Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em: 21 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993.** Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm. Acesso em: 21 jun. 2024.

BRASIL. **Lei Complementar nº. 75, de 20 de maio de 1993.** Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L75.htm. Acesso em: 21 jun. 2024.

BRASIL. Secretaria Especial de Política para as Mulheres. **Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres.** Organizadora: Heloisa Frossard. Brasília, 2006. Disponível em: https://assets-compromissoeatitude-ipc.sfo2.digitaloceanspaces.com/2012/08/SPM_instrumentosinternacionaisdireitosdasmulheres.pdf. Acesso em: 21 jun. 2024.

BRASIL. **Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN).** SENAPPEN lança Levantamento de Informações Penitenciárias referentes ao segundo semestre de 2023. Brasília: SENAPPEN, 25 mar. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/senappen-lanca-levantamento-de-informacoes-penitenciarias-referentes-ao-segundo-semester-de-2023>. Acesso em: 21 jun. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator do acórdão: Ministro Luís Roberto Barroso. Relator do último incidente: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF: STF, 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: jul. 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Controle judicial de políticas públicas:** possibilidades e limites. Fórum Administrativo: Direito Público, Belo Horizonte, v. 9, n. 103, set. 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/32047>. Acesso em: 14 abr. 2024.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas.** 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

CARVALHO, Luísa. **População carcerária cresce nos EUA e no Brasil.** Poder360, 10 mar. 2024. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/seguranca-publica/populacao-carceraria-cresce-nos-eua-e-no-brasil/>. Acesso em: 21 jun. 2024.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer; CAMPOS, Carmen Hein de. Sistema de Justiça Criminal e Perspectiva de Gênero. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 146. Ano 26, p. 273-303. São Paulo: Ed. RT, 2018.

ESPÍRITO SANTO, Governo do Estado. **Políticas Públicas de Justiça.** 2003-2010. Vitória: Secretaria de Justiça do Estado do Espírito Santo, 2010. Disponível em: <https://arpontodevista.files.wordpress.com/2016/11/livro.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2024.

ESPÍRITO SANTO, Governo do Estado. **Governo do Estado desativa celas metálicas.** Publicado em 27/08/2010 e atualizado em 22/01/2019. Disponível em: <https://www.es.gov.br/Noticia/governo-do-estado-desativa-celas-metalicas>. Acesso em 22 jun. 2024.

ESPÍRITO SANTO. **Ministra Cármen Lúcia, presidente do Supremo Tribunal Federal e do CNJ, visita presídios do Espírito Santo e se reúne com desembargadores e juízes das varas de execuções penais.** Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, 26 fev. 2024. Disponível em: <https://www.tjes.jus.br/ministra-carmen-lucia-presidente-do-supremo-tribunal-federal-e-do-cnj-visita-presidios-do-espírito-santo-e-se-reune-com-desembargadores-e-juizes-das-varas-de-execucoes-penais/>. Acesso em: 25 jun. 2024.

FARAH, Marta Ferreira Santos. Gênero e Políticas Públicas. **Revista Estudos Feministas**. Vol. 12 (1), abr. 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/T3X8zdDGn5DZbcjxTLjcyKM/>. Acesso em 22 jun. 2024.

LEMGRUBER, Julita. **Cemitério dos Vivos**. 2ª ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro, RJ:Editora Forense, 1999.

LEMO, Carlos Eduardo Ribeiro. **A dignidade humana e as prisões capixabas**. Vitória:Editora do autor, 2007.

LIMA, Luciana. Agência Brasil. **Espírito Santo mantém também mulheres presas em contêineres**. Publicado em maio de 2009. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/espírito-santo-mantem-tambem-mulheres-presas-em-containers/1973305>. Acesso em 22 de jun. 2024.

SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil para a análise histórica**. Recife: SOS Corpo, 1995.

SEJUS, Secretaria de Estado da Justiça e da Cidadania do Espírito Santo. **Pesquisadora inglesa visita complexo de Viana e elogia avanços do sistema prisional capixaba**. Disponível em: <https://sejus.es.gov.br/Not%C3%ADcia/pesquisadora-inglesa-visita-complexo-de-viana-e-elogia-avancos-do-sistema-prisional-capixaba>. Acesso em: 21 jun. 2024.

SIQUEIRA, Carolina Bastos de; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. As ondas do feminismo e seu impacto no mercado de trabalho da mulher. **Revista Thesis Juris**, [S. l.], v. 9, n. 1, p. 145–166, 2020. DOI: 10.5585/rtj.v9i1.14977. Disponível em: <https://uninove.emnuvens.com.br/thesisjuris/article/view/14977>. Acesso em: 5 ago. 2024.

PARAÍBA. CONSEJ - Conselho Nacional dos Secretários de Justiça, Cidadania, Direitos Humanos e Administração Penitenciária promove em Goiás 6ª reunião ordinária. Governo da Paraíba, 22 fev. 2024. Disponível em: <https://paraiba.pb.gov.br/diretas/secretaria-de-administracao-penitenciaria/noticias/consej-conselho-nacional-dos-secretarios-de-justica-cidadania-direitos-humanos-e-administracao-penitenciaria-promove-em-goias-6a-reuniao-ordinaria>. Acesso em: 25 jun. 2024.

Penitenciária de Cariacica é considerada um dos presídios modelo do país pelo Conselho Nacional de Justiça. Publicado em 23 mar. 2018. Disponível em: <https://sejus.es.gov.br/Not%C3%ADcia/penitenciaria-de-cariacica-e-considerada-um>

dos-presidios-modelo-do-pais-pelo-conselho-nacional-de-justica. Acesso em 22 jun. 2024.

TORRES, Ana Paula Repolês. **O sentido da política em Hannah Arendt.** Trans/Form/Ação, São Paulo, 30 (2):235-246, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/trans/v30n2/a15v30n2.pdf>. Acesso em abr. 2019.

VARGAS, E. F. de; HENNIG LEAL, M. C. . O Direito à igualdade e não-discriminação das mulheres na política: a decisão da ADI 5617/DF e a doutrina das categorias suspeitas. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, [S. l.], v. 22, n. 2, p. 85–114, 2022. DOI: 10.18759/rdgf.v22i2.1915. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1915>. Acesso em: 25 mar. 2025.

O PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA – SENTIDO E REPERCUSSÕES PRÁTICAS

THE PRINCIPLE OF ABSOLUTE PRIORITY – MEANING AND PRACTICAL REPERCUSSIONS

Rogéria Cristina Leme

Promotora de Justiça, do Estado de Minas Gerais, desde 2003. Delegada de Polícia Civil, em São Paulo, 2001 a 2003. Advogada. 1999 a 2001.

Thiago Rodovalho

Professor Titular Categoria A1 da PUC-Campinas. Membro do Corpo Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD). Membro do Grupo de Pesquisa Direito e Realidade Social (CNPq/PUC/Campinas). Doutor e Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Possui Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2001). Docente Honorário da Universidade Privada de Tacna/Peru. Professor-Visitante da Universidad Autónoma del Perú.

RESUMO

O presente trabalho analisa de forma crítica o princípio da prioridade absoluta para a infância e para a adolescência, de matriz constitucional, iniciando pela sua conceituação legal e doutrinária. Também discute sua aplicação, ante a possibilidade de conflitos com outros princípios e direitos fundamentais, além de suas repercussões práticas para os entes obrigados a garantir os direitos desse grupo populacional, na perspectiva da proteção integral. Aborda ainda sua aplicação no campo das ações, serviços e políticas públicas, e sua repercussão orçamentária, analisando ainda os limites e as possibilidades de atuação da sociedade, via conselhos de direitos, no processo de concretização de direitos e em caráter prioritário a essa parcela da população.

Palavras-Chave: Princípio da Prioridade Absoluta. Alcance. Efetividade.

ABSTRACT

The present work critically analyzes the principle of absolute priority for childhood and adolescence, of constitutional matrix, starting by its legal and doctrinal conceptualization. It also discusses its application, in view of the possibility of conflicts with other principles and fundamental rights, as well as its practical repercussions for the entities obliged to guarantee the rights of this population group, from the perspective

of integral protection. It also addresses its application in the field of actions, services and public policies, and its budgetary repercussion, analyzing the limits and the possibilities of acting of society, via councils of rights, in the process of realizing rights and as a priority to this part of the population.

Keywords: Principle of Absolute Priority. Reach. Effectiveness.

INTRODUÇÃO

O Brasil, no fim dos anos 80, vivenciou pressões sociais bastante organizadas por democracia e por ampliação de direitos. Nesse contexto de transição democrática e fim do regime militar, a nova carta política de 1988, de natureza marcadamente social e dirigente, positivou um leque amplo de direitos fundamentais, entre os quais os sociais (art. 6º), e, especialmente em relação à criança, afirmou, pela primeira vez no direito pátrio, sua condição de sujeito de direitos, titular de todos os direitos titularizados pelo conjunto da população, e de outros, específicos a sua condição de pessoas em formação.

É o que se extrai do artigo 227*caput* da Constituição, o qual foi reproduzido pelo art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, que transcrevemos:

É dever da família, da sociedade e do estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem¹, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.²

Além de enunciar direitos, em rol não taxativo, titularizados por crianças e adolescentes, determinou que esses devem ser assegurados, com absoluta prioridade, pela família, pela sociedade e pelo Estado, nessa ordem.

Esse dispositivo constitui o fundamento legal do que se convencionou chamar de doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente, pois implica reconhecer a essas pessoas o conjunto de direitos humanos ou fundamentais titularizados por todos,

¹ Os jovens foram inseridos na redação do dispositivo, por força de Emenda Constitucional, de n. 65/2010. Em seguida, e à guisa de regulamentação, o advento do Estatuto da Juventude, dispôs sobre os direitos dos jovens, assim entendidos aqueles entre 15 e 29 anos. Tal diploma legislativo, todavia, não espelhou a redação do *caput* do art. 227, como o fez o Estatuto da Criança e do Adolescente, não contemplando, portanto, o princípio da prioridade absoluta também para os jovens, configurando uma antinomia entre a nova redação do texto constitucional e a lei ordinária editada com propósito regulamentar.

² BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 Julho de 1990**. Brasília (DF): Senado Federal, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 30 de jan. de 2023

além daqueles direitos que concernem de modo específico a sua condição de pessoas em desenvolvimento, e, por isso, em maior vulnerabilidade biopsicológica, o que implica convocar a todos a um incremento de proteção a esse grupo populacional.

Também no mesmo dispositivo, vê-se a previsão do que se chamou de princípio da prioridade absoluta, dirigido a todos os entes obrigados a assegurar os direitos da infância, como já mencionado, a família, a sociedade e o estado, segundo o qual crianças e adolescentes devem receber proteção prioritária em relação aos demais segmentos da população.

Trata-se de uma ideia de fácil compreensão, intuitiva, cujo sentido pode ser retirado do senso comum. Implica que os direitos da criança e do adolescente³ devem ser garantidos, no campo familiar, social, administrativo, ou estatal em sentido amplo, vale dizer, em qualquer esfera, de maneira preponderante sobre os demais segmentos populacionais⁴.

Prioridade, ensinam os léxicos, é o que vem antes, em primeiro lugar, o que passa à frente. Absoluto, por sua vez, aquilo que é sem restrição, completo, total, ilimitado.

Pode-se perguntar nesse ponto se não teria o constituinte incidido em uma impropriedade gramatical, alguma forma de redundância, visto que apenas a palavra prioridade, talvez pudesse ser suficiente para designar o que se pretendeu. Dito de outro modo, se não teria havido uma espécie de reforço linguístico para sublinhar um valor central – a proteção à infância –, que não necessariamente asseguraria o fim buscado, dado o seu caráter mais retórico do que prático.

Tal consideração de natureza linguística soma-se a outras de natureza jurídica. Escolher uma prioridade também pressupõe a escassez de recursos, materiais, financeiros e outros. Significa também a necessidade de fazer escolhas, especialmente pelo gestor público, secundarizando outras ações, e, assim, ganhando algo, também

³ E do jovem, conforme controvertida inclusão, por via de emenda constitucional.

⁴ AMIM, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coordenação). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. Aspectos Teóricos e Práticos. São Paulo (SP): Saraiva, 2022, p. 78.

perder.

Primeiramente, lembremos do preceito geral em matéria de direitos fundamentais, contido no §1º do art. 5º, da Constituição, o qual dispõe que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata, vale dizer, não necessitam de regulamentação legislativa para terem vigência e efetividade. Assim, os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, positivados na Constituição, em princípio, não precisariam de um reforço de eficácia – o de que devem ser implementados com prioridade absoluta – porque todos os direitos o devem⁵.

Também importa lembrar nesse ponto a regra interpretativa da unidade do texto constitucional. A regra que orienta o intérprete nas inevitáveis colisões entre direitos fundamentais constitucionalizados, e conduz à necessidade de harmonizar dois ou mais direitos em conflito, de maneira a não sacrificar inteiramente nenhum. Tal construção, tradicional no direito, também engrossa o questionamento sobre o sentido prático do princípio da prioridade absoluta.

Em direito, sabemos, e sobretudo em matéria de direitos fundamentais, nada há de absoluto. A aplicabilidade das regras e princípios constitucionalizados, atinentes aos direitos fundamentais da infância, não pode se apartar da Constituição como um todo, que prevê direitos fundamentais ao conjunto da população, art. 5º *caput*, direitos em relação aos quais não há hierarquia, sobretudo, de natureza absoluta.

Portanto, podem existir eventualmente colisões entre direitos fundamentais, todos positivados e ancorados no sobre princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento e razão de existir do Estado brasileiro (CF. art. 1, III). Assim, seja no momento da interpretação da norma, seja no âmbito das escolhas de gestão para a concretização de direitos, principalmente, mas não somente, os de natureza social, conflitos entre direitos fundamentais, ou entre prioridades, não são difíceis de ocorrer, para o que se pode valer das regras de interpretação, entre as quais, a da ponderação, na

⁵ Impõe-se nesse ponto lembrar a discussão teórica e jurisprudencial que, não obstante afirme a natureza de direitos fundamentais dos direitos sociais, também admite que estes não possuem aplicabilidade integral e imediata, pois exigem ações prestacionais do Estado, garantidoras desses direitos, ações essas sujeitas a condicionantes materiais, notadamente, os econômico-financeiros. São direitos exigíveis, em dadas circunstâncias, e, sem prejuízo de sua eficácia imediata, ao menos, quanto a graduabilidade e progressividade de sua implementação, além da sua não reversibilidade

vertente do pensamento de Dworkin⁶.

1. O CONCEITO LEGAL DE PRIORIDADE ABSOLUTA. A INCLUSÃO DE NOVOS GRUPOS PRIORITÁRIOS

Assim, o uso do designativo “absoluta” para o termo prioridade para a infância, parece atender mais a um reclamo simbólico do que prático, algo da necessidade de afirmação, em tintas grossas, do dever de proteção à infância, para o fim de explicitar a opção político-legislativa do Constituinte de proteger as crianças, entendidas como público mais vulnerável pela sua condição de pessoas em desenvolvimento. Todavia, tal não exclui a necessidade de questionarmos sua efetividade e alcance.

O legislador ordinário, no Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 4º e incisos, a par de reproduzir o art. 227 *caput* da CF, foi além e deu concretude ao princípio, definindo, embora em caráter não taxativo, no que consistiria a prioridade absoluta para a infância, dirigindo-a mais propriamente à atividade administrativa do estado, na eleição de prioridades e alocação de recursos públicos. Transcrevemos:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;*
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;*
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;*
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.⁷*

Vê-se que, grosso modo, o legislador decidiu que a prioridade absoluta em questão se daria através da observância das regras de gestão das ações, serviços e políticas públicas, com a correspondente alocação de recursos públicos, visando à

⁶ ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 217, p. 67–79, 1999. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v217.1999.47414>. Disponível em:

<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>. Acesso em: 12 de abr. de 2023.

⁷ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 Julho de 1990**. Brasília (DF): Senado Federal, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 12 de abr. de 2023.

entrega prioritária de prestações materiais a esse grupo populacional.

Sem desconhecer outras aplicações do princípio, inclusive no campo da tomada de decisões judiciais, em conflitos de interesses levados ao seu conhecimento⁸, pretendemos, atentos à definição legal acima, nos ater às repercussões práticas do princípio em exame, no campo da atividade administrativa, e, mais especificamente, da elaboração e execução dos orçamentos públicos, os quais, em última análise, viabilizam ou contribuem para viabilizar os direitos da infância.

Registre-se, antes, que o legislador ordinário silenciou quanto a como se daria a aplicação desse princípio, para os outros dois entes implicados na proteção à infância, vale dizer, a família e a sociedade, fazendo o mesmo para outras dimensões da atividade estatal, como, por exemplo, a jurisdicional, conforme mencionado.

Quanto à família, difícil imaginar como a lei imporia ao núcleo familiar que desse prioridade absoluta aos seus filhos. Tal silêncio talvez possa se atribuir ao fato de que priorizar a criança pode parecer algo ínsito ao próprio ato de gerar, no caso da filiação biológica, e escolher amar, no caso da filiação civil ou fundada na socio afetividade, além de ser, nos três casos, tal prioridade, uma exigência implícita nas regras da moral vigente.

Também a sociedade, como ente obrigado a assegurar prioridade absoluta à infância, mereceu tratamento ainda mais lacônico por parte da legislação. Pode-se dar um pouco mais de concretude à ideia, se traduzida pelo termo comunidade, especialmente, em cidades menores, em que eventuais omissões estatais, por exemplo,

⁸ Registre-se decisão recente do STF, no RE 1008166, ao qual se conferiu repercussão geral (Tema 548), que, acolhendo pedido do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, reconheceu, em sede de recurso extraordinário, o dever constitucional do Estado de garantir vagas, em creches e pré-escolas, do 0 aos 05 anos de idade. Na decisão, que não invocou o princípio da prioridade absoluta como um de seus fundamentos, afirmou-se que esse direito social, previsto no art. 208, IV e 211 §2º (educação pública e gratuita, do 0 aos 06 anos de idade) é de aplicação direta e imediata, e pode ser exigível judicialmente, ante a recusa de vaga, afastando a alegação de indevida invasão do Poder Judiciário no âmbito de discricionariedade da atividade administrativa. Em matéria processual, o princípio da prioridade absoluta inspirou a Corregedoria Nacional de Justiça, do CNJ, a editar o Provimento 118/2021, sem prejuízo de reiterar a regra do andamento prioritário desses feitos, para dispor sobre a obrigatoriedade de audiências a que denominou concentradas, com periodicidade semestral, para discussão e deliberação, envolvendo todos os atores do sistema de garantia de direitos, sobre processos envolvendo crianças e adolescentes institucionalizados, sem prejuízo da determinação legal de reavaliação trimestral da medida, por força da nova redação do art. 19 § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento n. 118, de 29 de junho de 2021**. Brasília (DF): Corregedoria Nacional de Justiça. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1322342021063060dc701ad9686.pdf>. Acesso em: 13 de abr. de 2023)

ou abusos e violências contra a infância, de fonte privada, podem causar um sentimento comunitário de repúdio e de solidariedade, assim como, o processo decisório das ações governamentais e políticas públicas para a infância, em tese, poderia estar mais perto do cidadão e mais atravessado pelo controle social, especificamente, pelos Conselhos de Direitos da Infância e Adolescência, criados para esse fim. No mais, a ideia de que a sociedade deve priorizar as crianças de todos, numa espécie de sociedade parental, parece soar mais como uma aspiração ética do que propriamente a um modo de agir social.

É de se louvar, entretanto, esse esforço legislativo empreendido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, de definir a prioridade absoluta e com isso tentar dar concretude ao princípio, aproximando o texto da vida, evitando sua transformação em mais um elemento retórico, destituído de efetividade, privilegiando a concepção de que não pode haver nem liberdade nem dignidade sem acesso a bens materiais mínimos, o que já se chamou de “*mínimo ético para viver com dignidade*”⁹.

Nessa toada, no que respeita aos deveres estatais de proteção, importante que se tenha definido em lei, no que consiste a prioridade absoluta, sob pena de esvaziamento prático do princípio. Todavia, ainda assim, continua havendo um grande espaço entre o princípio positivado e a vida como ela se dá, devendo, como já se disse, evitar-se uma concepção formalista dos direitos, como se sua positivação fosse suficiente para alterar a realidade, desconsiderando que a norma, muitas vezes, apenas enuncia um direito que exige, para sua concretização, um processo de luta e de construção social.

A inclusão dos jovens, de 15 a 29 anos, como titulares do mesmo direito ao atendimento prioritário de suas demandas, por parte do Estado¹⁰, em razão de emenda constitucional, controverte ainda mais a efetividade da prioridade prevista pelo constituinte originário, como também se deu com a inclusão dos idosos, como igualmente merecedores de atenção prioritária do Estado, esses por força de previsão

⁹ FLORES, Joaquín Herrera. **A (Re)Invenção dos Direitos Humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia *et al.* Florianópolis (SC): Fundação Boiteux, 2009, p. 37.

¹⁰ O Estatuto da Juventude, Lei 12.852/2013, vai elencar o conjunto de direitos titularizados por esse grupo populacional, em separado dos demais, e constituído por pessoas entre 15 e 29 anos, sem repetir, conforme já mencionado, a incidência da prioridade absoluta, como faz a Constituição.

legal ordinária, o Estatuto do Idoso, art. 3º da Lei 10.741/2003¹¹. Onde tudo é prioridade, nada é prioridade.

Nesse último caso, por força da hierarquia das fontes, havendo conflito entre a criança e o idoso, na destinação de recursos públicos, por exemplo, em princípio, o direito da criança deve prevalecer, visto que a prioridade a este grupo populacional tem assento constitucional. Na prática, situações tormentosas podem se dar, como, por exemplo, a necessidade de escolher entre um atendimento prioritário à saúde de um idoso ou de uma criança, situação em que aspectos fáticos, como o grau de exposição ao risco de morte de um e de outro, certamente devem ganhar relevo na tomada de decisão, para além da letra da lei.

Ainda mais um fator a problematizar a aplicação prática do princípio da prioridade absoluta, advém da Lei 13.257/2016, conhecida como Marco Legal da Primeira Infância (0 a 06 anos), a qual estabeleceu uma espécie de prioridade dentro da prioridade, determinando que os gastos e políticas públicas, sejam prioritariamente destinados a essa fase da infância¹².

No caso, o legislador elegeu um subgrupo, dentro do grupo prioritário, num escalonamento da prioridade, reconhecendo de novo, de um lado, a finitude dos recursos, e, de outro, a sabida fragilidade humana nessa fase da vida, do ponto de vista da sobrevivência, e, mais, o fato de ser hoje considerada a fase de ouro do desenvolvimento cognitivo e emocional do ser humano, sendo também, a *contrario sensu*, irreversíveis os danos físicos e emocionais sofridos nesse período, daí por que tanto esforço para sua evitação.

Todavia, seja incluindo os jovens, seja destacando a primeira infância, seja

¹¹ Citado dispositivo, repetindo a fórmula do Constituinte, mas dessa vez aplicando-a ao idoso, pessoa com idade igual ou superior a 60 anos, dispõe: “*É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do poder público assegurar à pessoa idosa, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária*”. (BRASIL. **Lei nº 10.741, de 01º Outubro de 2003**. Brasília (DF): Senado Federal, 2003. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm, Acesso em: 20 de abr. de 2023).

¹² O art. 3º, da mencionada Lei, declara: “*A prioridade absoluta em assegurar os direitos da criança, do adolescente e do jovem, nos termos do art. 227 da Constituição Federal e do art. 4º da Lei 8.89/1990, implica o dever do Estado de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância, que atendam as especificidades dessa faixa etária, visando garantir o seu desenvolvimento integral*”. (BRASIL. **Lei nº 13.257, de 08 Março de 2016**. Brasília (DF): Senado Federal, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/113257.htm. Acesso em: 20 de maio de 2023)

também incluindo os velhos, esses em nível infraconstitucional, o fato é que a prioridade absoluta parece mesmo uma garantia frágil, diante do alargamento dos grupos prioritários, da finitude dos recursos públicos, da extensão das demandas, e dos inevitáveis casos difíceis, que exigem tomada de decisão através da ponderação entre normas e circunstâncias fáticas, o que pode resultar numa certa inocuidade do princípio, especialmente, mas não só, em face de situações extremas.

2. A PRIORIDADE ABSOLUTA E O ORÇAMENTO PÚBLICO. O APORTE DA ONU PARA A DISCUSSÃO

Arelado à definição do como se daria a efetivação do princípio da prioridade absoluta, trazida pelo Estatuto, no seu artigo 4º, que, como dissemos, se atém apenas ao ente público obrigado ao dever de proteção, e, especialmente, à atividade administrativa de prestação de serviços públicos, temos que o principal aspecto no qual o princípio ganha concretude é na elaboração e execução dos orçamentos públicos, a teor do art. 4º, parágrafo único, alínea *d*, do Estatuto citado, Lei 8.069/90.

Sobre o tema, importa destacar que a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aqui incorporada pelo Decreto 99. 710/1990, em seu artigo 4º, dispôs acerca da obrigatoriedade de que os estados-partes, para implementação dos direitos que prevê, utilizem ao máximo os recursos disponíveis, e, sendo necessário, se valham de mecanismos de cooperação internacional.

Tamanha a preocupação com a implementação dos direitos positivados nesse e noutros instrumentos, pela via das políticas de atendimento à infância e sua previsão nos orçamentos públicos, que a ONU, em complemento ao mencionado art. 4º, elaborou o Comentário Geral nº 19¹³, objetivando esclarecer os estados partes quanto a obrigação de implementar os direitos nela previstos, do que destacamos:

- 1- Que o dever de utilizar o máximo dos recursos disponíveis significa que os estados partes devem demonstrar que fizeram todo o esforço possível para mobilizar, alocar e gastar recursos orçamentários para atender os recursos econômicos, sociais e culturais de todas as crianças, não sendo admitido o retrocesso no nível já atingido de implementação desses direitos.

¹³ REDE MARISTA DE SOLIDARIEDADE. **Comitê Sobre os Direitos da Criança** – Convenção sobre os direitos da criança. Tradução AlphaÔmega, Curitiba (PR): PUCPRESS, 2018. Disponível em: https://cedecarj.files.wordpress.com/2019/08/traducao-comentario-geral_19_versao-digital.pdf. Acesso em 25 de maio de 2023.

2- Que o dever dos estados partes de “cooperarem entre si” implica que os estados que não tiverem recursos para implementar os direitos consagrados na Convenção e seus Protocolos Facultativos, estão obrigados a buscar cooperação internacional regional ou mundial, de natureza financeira e técnica, para implementar os direitos em questão. Lado outro, os estados e organismos que disponham de recursos e que sejam demandados, tem o dever de prestar a ajuda solicitada.

3- Que os Estados partes devem considerar os princípios abaixo, no processo de planejamento, aprovação, execução e acompanhamento orçamentário, visando a implementação dos direitos das crianças, sendo eles: A eficácia, vale dizer, a busca do melhor resultado possível, para o maior número de crianças possível, com ênfase para as crianças em especial condição de vulnerabilidade. A eficiência, vale dizer, os bens e serviços que promovam os direitos das crianças devem ser adquiridos e entregues de forma transparente e em tempo viável e devem ser de qualidade adequada. A equidade, vale dizer, a distribuição de recursos públicos deve se dar de modo a observar as diferenças substanciais entre as crianças, de forma a buscar a igualdade material, e ainda, se dar de modo a eliminar barreiras discriminatórias que perpetuem a exclusão social. A transparência, o que implica uma gestão pública financeira aberta ao exame minucioso dos órgãos de controle e da sociedade, bem como, a garantia da participação social, inclusive a de crianças, em todas as etapas do orçamento público, incluindo a fase de planejamento, que implica tomada de decisões e eleição de prioridades.

Sobre o direito de participação das crianças na elaboração de políticas públicas que visem a sua proteção, registre-se de passagem que a Convenção dos Direitos da Criança¹⁴, no seu artigo 12, previu o direito da própria criança de opinar sobre os temas a ela afetos, de acordo com sua idade e grau de maturidade, não distinguindo se o direito envolve questões de interesse individual ou coletivo. O Estatuto da Criança também o prevê, à guisa de princípio, no seu art. 16, II, e, em situações concretas, nos artigos 100 § único, XII, 157 § 3º e 161 § 3º, que tratam do dever de ouvir a criança e o adolescente quando alvos de medidas de proteção, respeitados seu grau de desenvolvimento e grau de compreensão da medida em curso.

Frisamos que em matéria de decisões acerca de políticas públicas e ações governamentais em geral, inexistem no país, meios institucionais de escuta da criança e do adolescente, mesmo quando o bem ou o serviço público é a ela afeto diretamente¹⁵. Assim, paradoxalmente, mesmo quando se pretende materializar os direitos dessa parcela da população, a qual se afirma constituída de sujeitos de direitos, direitos esses a serem garantidos de modo prioritário, acaba-se frequentemente retornando ao

¹⁴ BRASIL. **Decreto 99.710, de 21 de Novembro de 1990**. Brasília (DF): Senado Federal, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 15 de jun. de 2023

¹⁵ Salta aos olhos, nesse tema, a total desconsideração dos saberes, opiniões e percepções dos adolescentes, na reforma educacional recente, intitulada o Novo Ensino Médio, introduzida por medida provisória, em 2016, MP 746/2016, e suspensa por portaria presidencial, em 2023, sem que tenha havido uma consulta prévia ao público-alvo, bem como aos profissionais do setor.

paradigma superado¹⁶, da criança como objeto da ação estatal, apesar de toda nomenclatura e principiologia em contrário.

3. A PRIMAZIA PARA A INFÂNCIA NO ORÇAMENTO PÚBLICO, O CONTROLE EXTERNO E O SOCIAL. LIMITES E POSSIBILIDADES.

Desdobramento da conceituação legal de prioridade absoluta, tal como trazida pelo legislador ordinário, Lei 8/069/90, art. 4º, reforçado pela Recomendação Geral n. 19, da ONU, acima referida, a principal arena em que o princípio da prioridade absoluta, pode ganhar concretização é no orçamento público¹⁷. Esse aspecto ganha especial relevo, quando se consideram os números da exclusão social no Brasil, especialmente com relação à criança.¹⁸ Tal estado de coisas reforça a necessidade da atuação estatal, na sua função redistributiva e de garantidor de acesso a direitos.

Os orçamentos públicos podem ser definidos como:

instrumento de que dispõe o poder público (em qualquer de suas esferas) para expressar, em determinado período, seu programa de atuação, discriminando a origem e o montante dos recursos a serem obtidos, bem como a natureza e o montante dos dispêndios a serem efetuados.¹⁹

Mais do que uma peça contábil que elenca fontes de recursos – os tributos, o patrimônio estatal, a constituição de dívidas, o superávit orçamentário e outras fontes de receitas –, e seleciona tipos de gastos públicos, o orçamento traduz escolhas políticas de governos e de maiorias parlamentares, de grupos de interesses, e da opinião pública

¹⁶ Referimo-nos nesse ponto à legislação chamada menorista, expressa no chamado “Código de Menores”, Lei 6.697/1979, revogado tacitamente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90.

¹⁷ Para Evilasio Salvador e Sandra Oliveira Teixeira a grande decisão política do país é saber se vamos continuar pagando, nesse patamar de juros, os chamados serviços da dívida pública, compostos por encargos, juros e amortização, ou se vamos financiar verdadeiramente um Estado de bem-estar social. Também segundo o autor, os gastos com os serviços da dívida consumiram, no período de 2008 a 2012, excetuando o ano de 2011, mais de

¼ do valor total do orçamento da União, sendo que em 2011, os gastos com essa rubrica atingiram 32,12%. (SALVADOR, Evilasio; TEIXEIRA, Sandra Oliveira. Orçamento e Políticas Públicas: metodologia de análise na perspectiva crítica. In: **Revista de Políticas Públicas**. v. 18, n. 1, p. 15-32, 2014. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=321131780002>. Acesso em 15 de maio de 2023).

¹⁸ Segundo dados da Fundação Abrinq, na publicação *Cenário da Infância e da Adolescência no Brasil*, de 2023, a população de 0 a 19 anos no Brasil corresponde a 33,0% da população, vale dizer, 68.569.055 pessoas, dos quais, 50,8% vivem em famílias pobres (com renda mensal per capita entre ½ e ¼ do salário-mínimo), ou miseráveis (com renda mensal per capita inferior a ¼ do salário-mínimo). (FUNDAÇÃO ABRINQ. **Cenário da Infância e Adolescência no Brasil**. 1ª ed., São Paulo (SP): ABRINQ, 2023)

¹⁹ PISCITELLI, Roberto. Bocaccio; TIMBÓ, Maria Zulene Farias. **Contabilidade Pública: uma abordagem da administração financeira pública**. 12ª ed. São Paulo (SP): Atlas, 2012, p. 32.

Por exemplo, a decisão de direcionar e em que medida fazê-lo, investimentos para a saúde, para a educação, para o saneamento, para a habitação e dessa forma impactar as condições de vida da maioria dos cidadãos, consubstanciam decisões de natureza política²⁰. Por isso mesmo, para além das injunções legais, a escolha de ações de governo reflete a correlação de forças políticas e sociais de uma dada sociedade, num dado tempo, as concepções dos governantes, bem como o grau de interferência, especialmente, do Poder Legislativo, mas também da sociedade, sobre as escolhas governamentais.

No modelo de estado brasileiro, surgido após a Constituição de 1988, o controle sobre o uso dos recursos públicos está submetido ao controle interno do próprio ente público (Art. 70 c/c 74 da CF), e a órgãos de controle externo, como as Cortes de Contas, o Legislativo (Art. 49, IX da CF), o Ministério Público (Art. 129, II e III da CF c/c art. 1, VIII da Lei 7.347/85), além da sociedade em geral (Art. 74 da CF).

Tais controles, em princípio, ficaram mais facilitados pelo dever de transparência que se impôs à gestão pública em geral, por força do mandamento constitucional (art. 37 *caput*), da Lei Complementar 101/2000, Lei de Responsabilidade Fiscal, e da Lei 12.527/2011, Lei do Acesso à Informação, que obrigam ao dever de transparência dos entes públicos, inclusive quanto aos gastos públicos.²¹

Todavia, é muito frequente a crítica de que o controle externo se atém no mais das vezes, a aspectos formais, de legalidade da despesa pública, da observância dos investimentos mínimos constitucionalmente vinculados, da correspondência entre o planejado e o executado, da observância da forma legal dos contratos, licitações e pagamentos, como exigível aos entes estatais, sem adentrar, no entanto, ao mérito do

²⁰ A propósito do tema, do orçamento como instrumento de construção de direitos sociais, registre-se que, no Brasil, desde a Constituição de 1988, saúde e educação foram eleitas como áreas prioritárias para investimentos público, reduzindo-se nessas áreas, a discricionariedade administrativa, visto que, para a educação, foram fixados patamares mínimos de alocação dos recursos provenientes de impostos, pela União (mínimo de 18%), e pelos Estados e Municípios (mínimo de 25%), e no que respeita a saúde, nos patamares e forma fixada no artigo 198 §2, II e III.

²¹ A LC 101/2000, Lei de Responsabilidade Fiscal cria art. 48 § ún., o dever aos entes públicos de dar máxima publicidade não só às leis orçamentárias, como as prestações de contas, os pareceres técnicos, e os Relatórios de Execução Orçamentária e de Gestão Fiscal. A Lei 12.527/2011, por sua vez, conhecida como Lei de Acesso à Informação ou da Transparência, prevê em seu artigo 8º e incisos, a obrigação de todos os órgãos públicos e inclusive da administração indireta, dos três âmbitos da Federação, que divulguem em sítios próprios e independente de requerimento, dados referentes aos seus gastos, entre outros dados pertinentes à orçamentação e execução orçamentária.

gasto público²², e examinar questões como a sua legitimidade, sua economicidade, sua probidade, bem como, sem que se discuta a eleição de prioridades feitas pelos gestores²³.

Entretanto, embora louvável todos esses esforços legislativos e institucionais visando a dar transparência aos gastos públicos, fato é que a complexidade inerente à matéria contábil, a linguagem técnica utilizada, a quantidade de informação envolvida, a forma pouco clara e didática da sua publicização, tal como feita, dificultam o acesso do cidadão comum e de suas associações, e, portanto, o controle social e até mesmo o controle exercido pelas instituições oficiais sobre os gastos públicos.

Some-se a isso uma certa tradição de distanciar o direito e a política da matemática. As interpretações jurídicas acerca dos direitos fundamentais ou humanos, por exemplo, muitas vezes apenas se atém a análises lógico-formais, a formulações abstratas, como se a mera previsão de um direito fosse suficiente, seja para a sua implementação, seja ao menos para impulsionar sua implementação gradual, esquecendo-se de cotejar a norma aos seus contextos concretos, inclusive econômico-financeiros. Nas palavras de Herrera²⁴: “os direitos humanos mais que direitos ‘propriamente ditos’, são processos, ou seja, o resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens necessários à vida”.

Assim, a previsão legal pode ser um ponto de partida para a efetivação de direitos, mas certamente não será o ponto de chegada, notadamente, em sociedades tão desiguais e injustas como a nossa.

Sobre o tema, Holmes e Sunstein, na obra “O Custo dos Direitos: por que a liberdade depende dos impostos”²⁵, destacam a necessidade de aproximação dos teóricos do direito e da moral das questões da tributação e dos gastos públicos e da justiça distributiva, sob pena dos direitos nunca deixarem de ser meras promessas vazias,

²² Sem considerar eventuais desvios de finalidades, ou atos de corrupção, os quais pelas suas características podem passar ao largo dos controles de viés meramente formal, dos gastos públicos. Um contrato precedido de licitação fraudada, por exemplo, pode perfeitamente passar pelo crivo do controle de legalidade, inclusive dos tribunais de contas e do Ministério Público, sem que a fraude seja detectada, visto que essa normalmente é passível de elucidação por outro tipo, e bastante mais difícil, de caminho probatório.

²³ Não são incomuns gastos vultosos de dinheiro público, com shows de cantores famosos, em municípios pobres, em que faltam, por exemplo, saneamento básico.

²⁴ FLORES, Joaquín Herrera. **A (Re)Invenção dos Direitos Humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia *et al.* Florianópolis (SC): Fundação Boiteux, 2009, p. 28.

²⁵ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert. **O Custo dos Direitos: porque a liberdade depende dos impostos**. São Paulo (SP): Martins Fontes, 2019, p. 4.

ancorados no argumento de sua natureza programática.

Especificamente na área da infância, mas não só, a Constituição e legislação que a ela se seguiu, submeteu as políticas e ações de atendimento à infância, às diretrizes da municipalização do atendimento e da participação popular (CF, art. 227 § 7º c/c art. 204 e Lei 8.069/90, art. 88, I e II). Criou-se, portanto, a possibilidade de participação efetiva da sociedade, seja na elaboração de propostas, seja no controle de sua execução, pela via dos conselhos de direitos, criados, em atendimento à diretriz constitucional mencionada.

Cumprindo a Constituição, adveio a Lei que criou o Conselho Nacional da Criança e do Adolescente – CONANDA, Lei 9.242/91, conselho paritário, metade governo, metade sociedade, de natureza de deliberação e de controle, e estabeleceu, entre outras, a obrigação deste de acompanhar a elaboração e a execução da proposta orçamentária da União, visando à promoção dos direitos da criança e do adolescente, replicada, por paralelismo, nos demais entes da federação.

Trata-se não só da atribuição de fiscalizar a execução orçamentária, como também da prerrogativa – ao menos em tese –, de influir na elaboração do orçamento, pela via dos planos de ação – construídos a partir da leitura diagnóstica da realidade e das necessidades cruciais de crianças e adolescentes de uma dada base geográfica – e da inserção desses planos nas leis orçamentárias.

Todavia, pela fragilidade institucional desses órgãos²⁶, vê-se que uma atribuição como essa, que exigiria para sua realização, conhecimento ou assessoramento técnico, e uma visão panorâmica de políticas e orçamentos públicos, tem passado bem longe da capacidade de ação e de articulação dos Conselhos Tutelares, e mesmo dos Conselhos de Direitos, este último, inclusive, o órgão que, em tese, melhor desempenharia a função, visto que seria uma atribuição própria a sua natureza de

²⁶ SILVA, Ana Cristina Serafim da; ALBERTO, Maria de Fátima. Pereira. Fios Soltos da Rede de Proteção dos Direitos das Crianças e Adolescentes. In: **Psicologia: Ciência e Profissão**, v. 39, p. 1-13, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1590/1982-3703003185358>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pcp/a/d3rnLL3KmZvCQBKJzn9f8nd/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 03 de jun. de 2023.

formulador de propostas de políticas públicas para a infância²⁷.

Entretanto, ao menos no plano da norma e em princípio estão lançadas as bases legais e institucionais, para a concreta participação da sociedade, na formulação e controle da execução de ações, serviços e políticas públicas protetivas à infância.

Assim, mais do que acompanhar a execução orçamentária, e verificar o seu efetivo cumprimento, os mencionados Conselhos devem formular propostas de ações e políticas para a infância, e fazê-lo, a partir do conhecimento e do diagnóstico de suas realidades locais. Essas propostas devem, em princípio, encontrar alguma guarida nas leis orçamentárias de iniciativa do Poder Executivo dos três âmbitos da federação, o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual (Art. 165 da CF).

A pretexto de simplificar e viabilizar a tarefa, a Fundação Abrinq, em parceria com a Unicef e com o INESC – Instituto de Estudos Socioeconômicos –, elaborou, em 1996, uma metodologia, que vem sendo atualizada desde então, para o acompanhamento de orçamentos públicos, sob o enfoque do controle dos investimentos na população infanto-juvenil. É o que se denominou OCA – Orçamento Criança e Adolescente, metodologia²⁸ já disponibilizada a mais de 4.000 Municípios, que visa à análise das leis orçamentárias e ao acompanhamento de sua execução, buscando verificar e monitorar quais investimentos públicos efetivamente vem sendo destinados à infância anualmente. A metodologia vem atrelada ao selo “Prefeito Amigo da Criança”²⁹, conferido pela mencionada fundação aos gestores que atendam aos critérios do programa, bem como à disponibilização de cursos de capacitação para agentes públicos, membros de conselhos e sociedade civil.

²⁷ Lei 8.242/91, Art. 1º, §1º, inc. IX. (BRASIL. **Lei nº 8.242, de 12 de Outubro de 1991**. Brasília (DF): Senado Federal, 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8242.htm. Acesso em: 15 de jun de 2023).

²⁸ FUNDAÇÃO ABRINQ. **De Olho no Orçamento Criança**. 3ª ed., São Paulo (SP): ABRINQ, 2021. Disponível em: <https://www.fadc.org.br/sites/default/files/2021-09/de-olho-no-orcamento-da-crianca.pdf>. Acesso em 03 de fev. de 2023.

²⁹ Elaborar e pôr em prática um Plano Municipal para a Criança e o Adolescente, definir metas para os 4 anos de governo; garantir o efetivo funcionamento dos conselhos de direitos e os tutelares, monitorar os indicadores de saúde, educação e proteção social, tomando medidas para ampliação dos serviços e direitos (FUNDAÇÃO ABRINQ. **Programa Prefeito Amigo da Criança**. São Paulo (SP): ABRINQ, 2023. Disponível em: <https://www.fadc.org.br/o-que-fazemos/programa-prefeito-amigo-da-crianca>. Acesso em: 15 de jun. de 2023)

A metodologia proposta analisa as ações e despesas previstas no orçamento, bem como, monitora a sua execução. Envolve três grandes áreas relacionadas à infância e/ou as suas famílias, sendo elas, a saúde (que inclui promoção da saúde, saneamento, habitação e meio ambiente), a educação (que além da educação escolar, inclui cultura, lazer e esporte) e a assistência social (que inclui ações de promoção de direitos e assistência social).

A análise separa a quantificação dos investimentos exclusivos para a infância e adolescência (vacinação infantil, por exemplo), e os não exclusivos (habitação ou educação para adultos que possuam filhos, por exemplo), que ocorre quando a ação pública atinge precipuamente os adultos com filhos, os quais são beneficiados por via reflexa.

CONCLUSÃO

A observância do princípio da prioridade absoluta para a criança e para o adolescente, pela via de ações governamentais e seus reflexos orçamentários ainda consiste num desafio, tanto do ponto de vista jurídico, como prático. Para além do seu efeito simbólico, de consolidação de uma consciência e agenda nacional em favor da criança, enquanto ser em formação, que necessita, por isso mesmo de mais proteção que o restante da população, o princípio ainda gera questionamentos sobre seu efeito prático. Ainda que louváveis os esforços de inclusão das demandas da infância nos orçamentos públicos, a verificação da prioridade será sempre relacional, ou seja, levará em conta o quanto se gasta com outros grupos populacionais, numa lógica de comparação. A questão também se complica quando se considera, nas metodologias de aferição do orçamento para a infância, tal como a proposta pela Fundação Abrinq, que os investimentos não exclusivos, pois atingem a sociedade como um todo, mas também impactam positivamente a infância, por via reflexa.

São questões por se responder. Já se passaram algumas décadas da previsão desse princípio e a história está em movimento, desafiando análises, interpretações e suas construções práticas.

Registre-se, por exemplo, que embora haja na legislação atinente ao direito da

infância, a previsão dos conselhos de direitos³⁰, nos três níveis da federação, com composição paritária e perfil deliberativo e formulador de propostas de programas, ações e políticas públicas, os quais traduziriam para o gestor, a partir da leitura diagnóstica da sua realidade social, as prioridades de investimentos públicos, também não há, nessa mesma legislação, uma obrigatoriedade de acatamento dessas proposições, seja pelo Executivo, seja pelo Legislativo.³¹

Assim, ao fim e ao cabo, poderia resultar inócua a atividade propositiva – sem prejuízo da função de controle e fiscalização –, em razão da falta de vinculação legal dos gestores e das Casas de Leis ao resultado da ação dos Conselhos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de Direito Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 217, p. 67–79, 1999. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v217.1999.47414>. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>.

AMIM, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coordenação). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. Aspectos Teóricos e Práticos. São Paulo (SP): Saraiva, 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 Julho de 1990**. Brasília (DF): Senado Federal, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm.

BRASIL. **Decreto 99.710, de 21 de Novembro de 1990**. Brasília (DF): Senado Federal, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm.

BRASIL. **Lei nº 8.242, de 12 de Outubro de 1991**. Brasília (DF): Senado Federal, 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8242.htm.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 01º Outubro de 2003**. Brasília (DF): Senado Federal, 2003.

³⁰ Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, art. 88; Lei 8.242/1991 e Resolução 113/2006 do Conanda, art. 22. (BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 Julho de 1990**. Brasília (DF): Senado Federal, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (CONANDA). **Resolução nº 113 de 19 de abril de 2006**. Disponível em <file:///C:/Users/User/Downloads/resolucao-no-113.pdf>)

³¹ Especialmente em relação ao Poder Executivo, não podemos desconsiderar que as plataformas de governo são resultantes de processos complexos, de coalizões políticas, dos movimentos sociais, de injunções de grupos de interesse, de opiniões, além dos desejos, concepções e valores do próprio chefe de Poder, cuja subjetividade, na eleição das prioridades governamentais, também não pode ser excluída

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm.

BRASIL. **Lei nº 13.257, de 08 Março de 2016**. Brasília (DF): Senado Federal, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/113257.htm.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento n. 118, de 29 de junho de 2021**. Brasília (DF): Corregedoria Nacional de Justiça. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1322342021063060dc701ad9686.pdf>.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (CONANDA). **Resolução nº 113 de 19 de abril de 2006**. Disponível em <file:///C:/Users/User/Downloads/resolucao-no-113.pdf>.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (Re)Invenção dos Direitos Humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia *et al.* Florianópolis (SC): Fundação Boiteux, 2009.

FUNDAÇÃO ABRINQ. **De Olho no Orçamento Criança**. 3ª ed., São Paulo (SP): ABRINQ, 2021. Disponível em: <https://www.fadc.org.br/sites/default/files/2021-09/de-olho-no-orcamento-da-crianca.pdf>.

FUNDAÇÃO ABRINQ. **Cenário da Infância e Adolescência no Brasil**. 1ª ed., São Paulo (SP): ABRINQ, 2023.

FUNDAÇÃO ABRINQ. **Programa Prefeito Amigo da Criança**. São Paulo (SP): ABRINQ, 2023. Disponível em: <https://www.fadc.org.br/o-que-fazemos/programa-prefeito-amigo-da-crianca>.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert. **O Custo dos Direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. São Paulo (SP): Martins Fontes, 2019.

REDE MARISTA DE SOLIDARIEDADE. **Comitê Sobre os Direitos da Criança – Convenção sobre os direitos da criança**. Tradução AlphaÔmega, Curitiba (PR): PUCPRESS, 2018. Disponível em: https://cedecarj.files.wordpress.com/2019/08/traducao-comentario-geral_19_versao-digital.pdf.

PISCITELLI, Roberto. Bocaccio; TIMBÓ, Maria Zulene Farias. **Contabilidade Pública**: uma abordagem da administração financeira pública. 12ª ed. São Paulo (SP): Atlas, 2012.

SALVADOR, Evilasio; TEIXEIRA, Sandra Oliveira. Orçamento e Políticas Públicas: metodologia de análise na perspectiva crítica. In: **Revista de Políticas Públicas**. v. 18, n. 1, p. 15-32, 2014. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=321131780002>.

SILVA, Ana Cristina Serafim da; ALBERTO, Maria de Fátima. Pereira. Fios Soltos da Rede de Proteção dos Direitos das Crianças e Adolescentes. In: **Psicologia**: Ciência e

Profissão, v. 39, p. 1-13 , 2019. DOI: <https://doi.org/10.1590/1982-3703003185358>.
Disponível em:
<https://www.scielo.br/j/pcp/a/d3rnLL3KmZvCQBKJzn9f8nd/?format=pdf&lang=pt>.

ANEXOS

Trabalhos apresentados em Eventos da ESMP

Anexo I

DIREITO DOS ANIMAIS

**DIGNIDADE ANIMAL EM ZOLÓGICOS: BENEFÍCIOS DA
CONSERVAÇÃO E DILEMAS ÉTICOS EM CASOS DE NEGLIGÊNCIA
SOB A ÓTICA DE UM ESTUDO DE CASO ENVOLVENDO
PANTHERA LEO**

*ANIMAL DIGNITY IN ZOOS: CONSERVATION BENEFITS AND ETHICAL
DILEMMAS IN NEGLIGENCE CASES THROUGH A CASE STUDY
INVOLVING PANTHERA LEO*

**Vanessa Eloisa
Dallabrida**

Médica Veterinária. Mestranda do Programa de Pós-graduação em Ciências Veterinária pela Universidade Estadual do Centro Oeste – PPGCV UNICENTRO – veloisadallabrida@gmail.com.

**Clarissa Domingos
Dalmaz**

Advogada. Mestre em Direito Público. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas em Direito animal do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná – ZOOPOLIS-UFPR

**Rodrigo Antonio Martins de
Souza**

Médico Veterinário. Doutor em Zoologia. Docente do curso de Medicina Veterinária da UNICENTRO. Coordenador do Centro de Apoio à Fauna Silvestre (CAFS) - UNICENTRO.

**Jayme Augusto
Peres**

Médico Veterinário. Doutor em Clínica Veterinária. Docente do curso de Medicina Veterinária da UNICENTRO. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas em Direito Animal do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná – ZOOPOLIS-UFPR.

RESUMO

O conceito de dignidade animal em zoológicos refere-se ao reconhecimento e respeito pelos direitos e bem-estar dos animais cativos, essenciais para que essas instituições desempenhem um papel construtivo na sociedade. Este estudo aborda essa questão por meio de um caso de maus-tratos a uma leoa (*Panthera leo*) em um zoológico brasileiro, estruturado em quatro capítulos: introdução, metodologia, relato de caso com observações veterinárias, revisão de literatura, e considerações finais. A análise busca compreender as implicações éticas e legais do cativeiro de animais selvagens, utilizando o caso de negligência como base para uma reflexão mais ampla. O exame necroscópico da leoa evidenciou lesões e condições de saúde comprometidas, indicando possíveis falhas no manejo e na fiscalização. Esse cenário ressalta a importância de políticas voltadas para o bem-estar animal e a necessidade de uma equipe multidisciplinar e capacitada atuando em zoológicos.

Palavras-chave: Cativeiro; direito animal, ética, Medicina Veterinária Legal, *Panthera leo*.

ABSTRACT

The concept of animal dignity in zoos refers to the recognition and respect for the rights and welfare of captive animals, which is essential for these institutions to play a constructive role in society. This study explores this issue through a case of mistreatment involving a lioness (*Panthera leo*) in a Brazilian zoo, structured in four chapters: introduction, methodology, case report with veterinary observations, literature review, and final considerations. The analysis aims to understand the ethical and legal implications of keeping wild animals in captivity, using the negligence case as a basis for a broader reflection. The necropsy of the lioness revealed lesions and compromised health conditions, indicating potential flaws in management and oversight. This situation highlights the importance of policies that ensure animal welfare and the need for a multidisciplinary and well-trained team working in zoos.

Keywords: Captivity; Animal Law; Ethics; Forensic Veterinary Medicine; *Panthera leo*.

1- INTRODUÇÃO

De acordo com a Lei nº 7.173 de 1983, considera-se jardim zoológico qualquer coleção de animais silvestres mantidos vivos em cativeiro ou em semiliberdade e expostos à visitação pública (BRASIL, 1983). Além disso, de acordo com a Resolução CONAMA nº 489, de 2018, um zoológico é um empreendimento destinado à criação, reprodução e manutenção de espécimes da fauna silvestre e exótica, em cativeiro ou em semiliberdade, expostos à visitação pública (BRASIL, 2018).

Nos últimos anos, o debate sobre o bem-estar e o direito à dignidade dos animais em cativeiro tem se intensificado, especialmente em relação às práticas

adotadas por zoológicos. Embora o papel conservacionista dessas instituições seja inquestionável, sua efetividade depende de uma gestão cuidadosa e da constante fiscalização realizada por uma equipe multidisciplinar, composta por biólogos, médicos-veterinários e zootecnistas. Quando essa colaboração falha, os animais em cativeiro ficam suscetíveis à negligência, maus-tratos e condições inadequadas que comprometem tanto sua saúde física quanto mental.

Nesse contexto, o trabalho do Médico Veterinário, como o profissional que detém o conhecimento especializado sobre a saúde dos animais, torna-se essencial para identificar, denunciar e corrigir essas falhas. Isso se faz verdade através da lei nº 5.517/1968, que estabelece que apenas veterinários podem realizar perícias em situações que envolvam animais, assegurando uma análise técnica e científica dos casos (BRASIL, 1968).

Quando do óbito de um animal, o diagnóstico anatomopatológico emerge como uma ferramenta crucial na prática da Medicina Veterinária. Através dessa abordagem, torna-se viável discernir a causa do óbito do animal, empregando a análise e classificação das lesões por meio das técnicas de necropsia e histopatologia (Carneiro *et al.*, 2017), que podem ser adaptadas a ótica forense. Dessa maneira, não apenas se amplia o entendimento das circunstâncias do falecimento, mas também se promove a medicina veterinária preventiva, visto que tais casos funcionam como fontes de informação para outros profissionais da área, especialmente quando publicados.

Assim, este trabalho tem como objetivo explorar o conceito de dignidade animal e suas implicações jurídicas e éticas em ambientes controlados, com base em um caso de negligência envolvendo um espécime de *Panthera leo* (leão africano) mantido em um zoológico brasileiro. Através da análise médico-veterinária, será possível avaliar se houve falhas no manejo e na assistência oferecida ao animal, além de refletir sobre as responsabilidades éticas e legais dos profissionais e instituições que lidam com a vida selvagem em cativeiro.

Com isso, pretende-se não apenas relatar o caso específico, mas também abrir uma discussão mais ampla sobre a necessidade de políticas e práticas que assegurem o bem-estar e o respeito à dignidade de todos os animais mantidos em zoológicos, garantindo que o manejo seja feito de acordo com os princípios de direito animal e ética

veterinária.

O trabalho está estruturado em quatro capítulos. O presente, em primeiro lugar, traz uma introdução acerca do que será discutido. O segundo capítulo apresenta a metodologia utilizada; o terceiro, o relato de caso e os achados veterinários; o quarto, uma revisão de literatura e discussão; e, finalmente, o quinto capítulo oferece as considerações finais.

2- MATERIAIS E MÉTODOS

Para esta pesquisa, adotou-se uma abordagem exploratória, utilizando um estudo de caso isolado de maus-tratos em zoológicos como ponto de partida para uma discussão mais ampla sobre os benefícios e desafios éticos associados a esses estabelecimentos. O caso analisado foi utilizado como exemplo ilustrativo e, embora não tenha sido o foco central, contribuiu para contextualizar e desenvolver os tópicos explorados.

A discussão foi estruturada para permitir uma análise reflexiva sobre os papéis dos zoológicos na sociedade contemporânea, tomando o caso de negligência como pano de fundo. Para proporcionar uma visão abrangente, a análise foi dividida em diferentes tópicos, organizados para cobrir áreas específicas, como: A presença e o manejo de leões africanos em zoológicos brasileiros, abordando desafios de bem-estar e as implicações de manter espécies exóticas; A relação entre conservação, zoológicos e turismo responsável, e como esses aspectos se conectam à legislação vigente; Questões éticas e legais envolvendo o bem-estar animal, além da responsabilidade penal e civil em casos de maus-tratos e negligência; Alternativas aos zoológicos convencionais, incluindo santuários e reservas de conservação, que podem oferecer opções melhores para o bem-estar animal.

Foi realizada uma revisão de literatura, focada em estudos, legislações e debates acadêmicos sobre a conservação *ex situ*, o bem-estar animal em cativeiro e as controvérsias que envolvem os zoológicos. A literatura revisada incluiu artigos científicos, relatórios de organizações de bem-estar animal e documentos legais

relevantes.

3– RELATO DE CASO

Recentemente, uma instituição de ensino superior no Brasil, que mantinha um zoológico vinculado às suas atividades de pesquisa e aulas práticas, foi alvo de uma denúncia formal de maus-tratos a animais sob sua responsabilidade. As alegações incluíam negligência no atendimento veterinário, bem como deficiência na estrutura para manejo adequado da fauna silvestre em cativeiro. Como resultado, a denúncia levou à interdição temporária do local e à redistribuição de centenas de animais para outras instituições licenciadas em diferentes regiões do país.

Entre os casos mais graves, destacou-se o de uma leoa idosa que sofria de um câncer avançado, cuja condição clínica não havia sido tratada adequadamente ao longo do tempo. Embora uma intervenção tardia tenha sido tentada, o estado do animal resultou em sua eutanásia, o que reforça a relevância de uma intervenção veterinária precoce e contínua, especialmente em instituições que utilizam animais para pesquisa e exposição pública.

Este caso, que será discutido sob a ótica da Medicina Veterinária Legal, destaca a importância do rigor no cumprimento das leis de proteção e bem-estar animal, além da necessidade de uma fiscalização contínua por parte dos órgãos competentes. Apenas assim é possível garantir que animais em cativeiro recebam o atendimento necessário e que as instituições operem dentro das conformidades legais. Discutir um caso real é crucial, pois permite a análise das implicações práticas e éticas das normativas vigentes. Além disso, ao examinar as circunstâncias específicas que cercam este caso, podemos identificar falhas nos processos de manejo e atendimento, o que pode contribuir para a formulação de estratégias mais eficazes para a proteção e o bem-estar animal. Essa discussão também serve como um alerta para a sociedade e os profissionais da área, ressaltando a responsabilidade coletiva em garantir que a dignidade dos animais seja respeitada e que suas necessidades sejam atendidas adequadamente.

Diante do exposto, um espécime de leoa (*Panthera leo*), fêmea, de 19 anos, foi encaminhado ao Laboratório de Anatomia Patológica Veterinária (LAPA) da

Universidade Estadual do Centro-Oeste (UNICENTRO) pelo Instituto Água e Terra (IAT) (Figura 1). O histórico da leoa aponta que ela foi diagnosticada com câncer em janeiro, mas a transferência para tratamento cirúrgico ocorreu apenas em maio. No novo local, a equipe avaliou que a cirurgia não era viável, resultando em sua eutanásia no mês de junho. O zoológico relatou que a leoa estava em condição terminal, com o câncer disseminado por todo o corpo.

Embora tenha sido atendida por um médico veterinário especialista em janeiro, a demora na transferência e a falta de intervenções eficazes entre o diagnóstico e a cirurgia levantaram questões sobre o manejo clínico. Assim, exame necroscópico foi solicitado com a finalidade de averiguar o histórico fornecido, buscando descrever os processos patológicos primários e secundários que justificaram a decisão de realizar o sacrifício, entre outras considerações importantes acerca de bem-estar animal.

Figura 1 - Leoa (*Panthera leo*), adulta, fêmea, encaminhada ao Laboratório de Anatomia Patológica da UNICENTRO para realização de exame necroscópico.



Fonte: Arquivo pessoal, 2023.

3.1 NECROPSIA E HISTOPATOLOGIA

Em casos de violência contra animais, o LAPA-UNICENTRO realiza exames de corpo de delito em animais vivos para verificar a ocorrência de maus-tratos. Nos casos em que os animais venham a óbito, são realizados exames necroscópicos para determinar a causa da morte e avaliar a gravidade da violência sofrida. Esses

procedimentos são conduzidos mediante solicitação de órgãos policiais ou do Ministério Público, após o registro de um boletim de ocorrência, ou podem ser contratados de forma particular (perícia particular).

No contexto de investigações de maus-tratos a animais que vieram a óbito, o LAPA adota o procedimento de avaliação exame de necropsia forense, que começa com uma avaliação externa detalhada, observando lesões aparentes e ocultas, coloração das mucosas, grau de desidratação, presença de ectoparasitas e possíveis fraturas. No exame interno, utiliza-se a técnica de Ghon modificada, que remove os órgãos por blocos funcionais. O processo inclui a abertura das cavidades abdominal e torácica com uma incisão mentopubiana. Os órgãos são examinados *in situ* e, em seguida, removidos em blocos para avaliação individual. A sequência segue com o crânio, encéfalo, língua, glote, esôfago, traqueia, coração, pulmões, baço, omento, fígado, vesícula biliar, estômago, pâncreas, trato geniturinário e, por fim, intestinos. Quando aplicada a traumatologia, a pele é rebatida para verificação de lesões traumáticas, com abertura de cartilagens e análise da medula espinhal.

Além disso, amostras de tecidos são coletadas para análises microscópicas, julgando-se necessário. Exames como o exame histopatológico, que verifica microscopicamente a integridade dos tecidos, permitem uma investigação mais detalhada das alterações celulares e teciduais. Essas análises são essenciais para compreender a patologia que afetou o animal e podem revelar condições subjacentes que não seriam evidentes apenas por meio da observação macroscópica. A combinação da necropsia (macroscopia) com a histopatologia (microscopia) proporciona um diagnóstico mais preciso, e pode contribuir para a elucidação das causas da morte e para a discussão mais ampla sobre a saúde e o manejo de animais em cativeiro.

3.2 – INTERVENÇÕES CIRÚRGICAS

No exame necroscópico, foram observadas uma lesão proveniente de incisão cirúrgica abdominal bem cicatrizada e uma sutura antiga na região do membro pélvico direito (Figura 2), indicativas de que o animal tivera sido submetido a procedimentos cirúrgicos em vida, sugerindo intervenções médico-veterinárias.

Figura 2 - Área fusiforme de coloração escura e alopecica disposta de forma retilínea, indicando sutura antiga (**K**). Incisão cirúrgica cutânea sem alteração tecidual e vascular local (**L**).



Fonte: Arquivo pessoal, 2023.

A lesão, na Figura 2, indicada pela letra K é compatível com lesão incisa suturada, possivelmente em detrimento de um evento traumático, enquanto a área L é sugestiva de uma laparotomia exploratória, pela sua localização e extensão.

3.3 – LESÕES AMBIENTAIS

Observou-se também a presença de miíases nas regiões interdigitais dos membros anteriores e posteriores, conforme pode-se observar na Figura 3. Miíase deve ser entendido como o ectoparasitismo por infestação de larvas de dípteros em animais e humanos. Estão, dentro da medicina veterinária legal, ligadas à falta de cuidado por parte dos responsáveis, seja na atenção às feridas na pele ou na acumulação de fezes e urina nos pelos, o que atrai moscas para a deposição de ovos ou larvas. A conexão entre a existência destas lesões, e, portanto, a negligência no tratamento, fornece uma delicada, porém significativa, interação com a medicina veterinária forense (Merck, 2007).

Figura 3 - Ferida interdigital com miíase em região interdigital em membro posterior de pata traseira direita (**J2**).



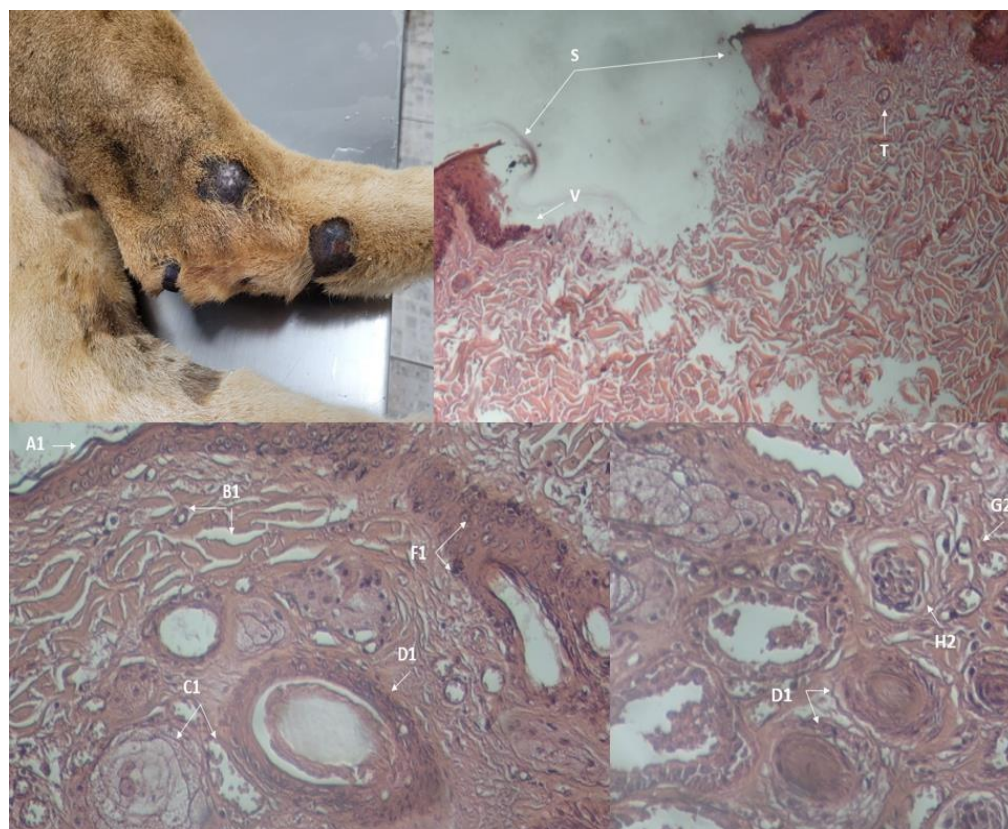
Fonte: Arquivo pessoal, 2023.

Além das miíases, durante a inspeção dos órgãos, foi observado que o pulmão da leoa apresentava pequenos pontos enegrecidos no parênquima. Essa condição, conhecida como antracose pulmonar, é frequentemente associada a condições ambientais adversas do cativeiro. A antracose resulta da inalação de partículas de carbono, sendo geralmente visível macroscopicamente. Essas lesões ocorrem quando o animal é exposto a ambientes poluídos, como áreas próximas a rodovias ou em contato com fumaça de cigarro (Zachary, McGavin, 2013). Em Medicina Legal humana, a antracose pulmonar é uma doença ocupacional associada a profissionais de áreas têxteis e de carvoaria. Tosse e dificuldade para respirar são os principais problemas dessa enfermidade (Amoli, 2005).

3.4 SÍNDROME DE CUSHING

A leoa apresentava lesões cutâneas típicas de Síndrome de Cushing, com alopecia e áreas hiperpigmentadas. Fragmentos de tecido foram analisados histopatologicamente, revelando atrofia dos anexos cutâneos, necrose e neovascularização, compatíveis com a endocrinopatia (Figura 4).

Figura 4 - Síndrome de Cushing: Lesões cutâneas alopécicas de coloração escura, com bordas regulares(**P**) e áreas puntiformes mais claras no centro (**Q**). As lesões são caracterizadas por ulceração devido à descontinuidade epitelial (**S**), atrofia dos anexos cutâneos (**T**), degeneração colagenosa difusa (**U**) e pigmentação desproporcional na membrana basal (**V**). Observam-se atrofia epitelial com ausência de células da camada espinhosa e moderada hiperqueratose (**A1**), degeneração colagenosa difusa e neovascularização (**B1**), necrose e hiperemia das glândulas sebáceas (**C1**), hipertrofia do epitélio folicular (**D1**), distribuição irregular da pigmentação epitelial (**E1**) e acantose nigricante multifocal (**F1**). Neovascularização (**G2**) e corpúsculos de Pacini hipertróficos (**H2**).



Fonte: Arquivo pessoal, 2023.

O hiperadrenocorticism, também conhecido como Síndrome de Cushing, representa uma das principais endocrinopatias que afetam cães na faixa etária de meia idade a idosos, sendo extremamente raro em felinos. Essa condição é caracterizada por uma série de anomalias decorrentes da exposição crônica e excessiva de glicocorticoides na corrente sanguínea, podendo originar-se de forma espontânea ou ser iatrogênica (Ettinger, Feldman, 2008). As manifestações clínicas dessa endocrinopatia são notavelmente diversas, devido aos efeitos gliconeogênicos, imunossupressores, anti-inflamatórios e catabólicos dos glicocorticoides nos diferentes sistemas orgânicos. Entre os sintomas mais comuns, destacam-se polidipsia, poliúria, polifagia, abdômen pendular, alterações cutâneas como alopecia e, em alguns casos, sinais neurológicos ou

doenças secundárias associadas a essa enfermidade (Ettinger, Feldman 2008; Jericó, 2014).

Durante a necropsia, foi observada a ausência das glândulas adrenais direita e esquerda. O procedimento de adrenalectomia, ou seja, a remoção das glândulas adrenais, é frequentemente indicada em casos de hiperadrenocorticism, especialmente quando há tumores adrenais que provocam a produção excessiva de cortisol (Feldman, 2004).

Considerando os achados, é possível que a leoa tenha desenvolvido hiperadrenocorticism previamente, e que suas adrenais tenham sido removidas como forma de tratamento.

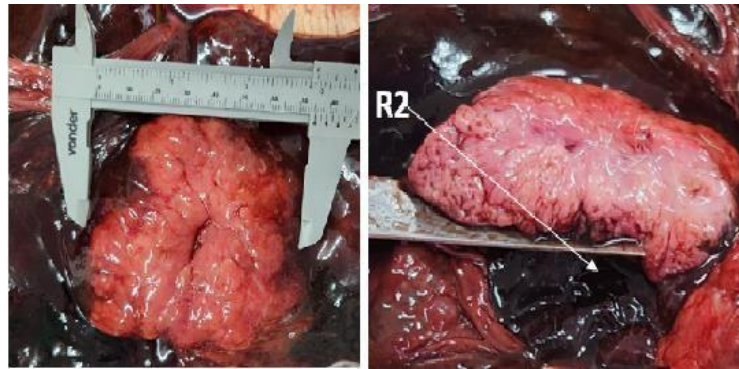
As glândulas adrenais, situadas na parte dorsal do abdômen, próximas aos rins, exigem uma incisão que permita um acesso eficiente, geralmente optando-se pela abordagem ventral, que facilita a visualização e o manuseio das estruturas envolvidas. A escolha do quadrante de incisão pode ser influenciada pela anatomia específica do paciente e pela necessidade de examinar outros órgãos, especialmente em casos em que há suspeita de condições patológicas, como tumores. O tamanho e a extensão da incisão podem ser ampliados para permitir um acesso mais abrangente, caso seja necessário realizar procedimentos adicionais ou avaliar outras alterações. Assim, fatores como a anatomia do paciente, o estado de saúde geral e considerações cirúrgicas são levados em conta na determinação do local da incisão, garantindo um equilíbrio entre o acesso cirúrgico e a preservação do tecido saudável (Fossum, 2021).

A presença de uma incisão cirúrgica é compatível com a laparotomia exploratória, e a cicatrização em fase proliferativa indica que o procedimento ocorreu por volta de um mês antes da necropsia, vindo de encontro com as informações fornecidas ao histórico. A ausência das glândulas adrenais, aliada aos resultados do exame histopatológico, sugere que o animal pode ter continuado a apresentar sinais de disfunção hormonal após a cirurgia. Isso pode ser explicado pela presença de alterações morfológicas residuais em células ou tecidos afetados pelo excesso de cortisol antes da cirurgia. Além disso, deve-se considerar a possibilidade de hiperadrenocorticism iatrogênico, especialmente em função da administração de corticosteroides no pós-operatório.

3.5– CARCINOMA HEPATOCELULAR

Destaca-se, no exame interno, uma lesão nodular pálida e infiltrativa que foi encontrada no fígado, caracterizando carcinoma hepatocelular, uma neoplasia grave que comprometeu o parênquima hepático (Figura 5).

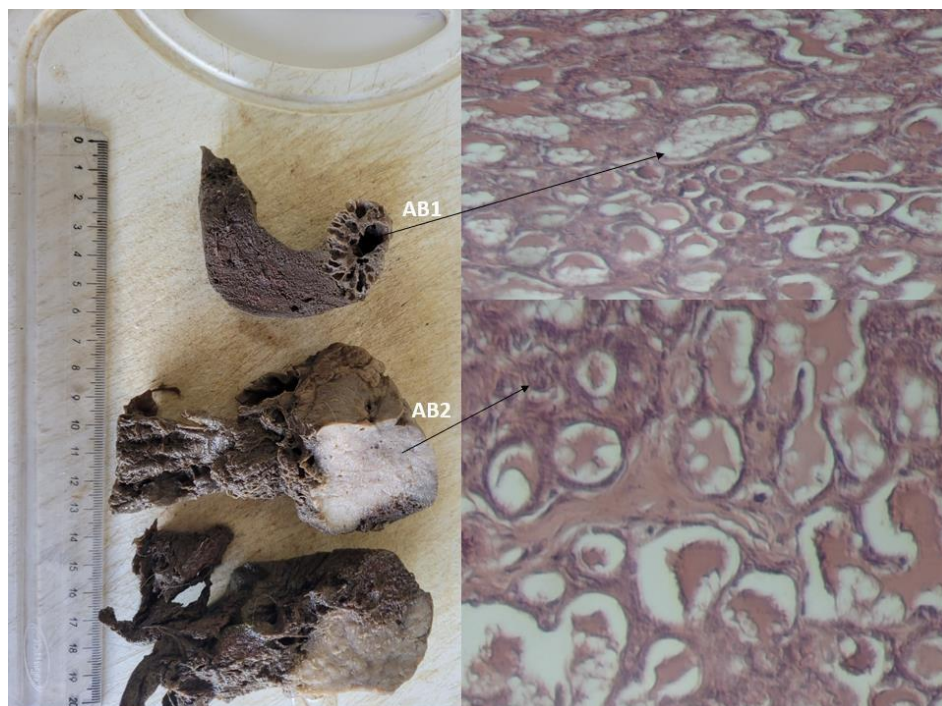
Figura 5 - Fígado congesto, de coloração escura, com presença de massas nodulares com bordas irregulares e centro umbilicado, compacta, comprometendo o parênquima hepático (**R2**).



Fonte: Arquivo pessoal, 2023.

Fragmentos amostrais da lesão foram coletados e armazenados a formalina a 10% para a realização de exame histopatológico, posteriormente confeccionadas lâminas coradas em Hematoxilina e Eosina. Ao microscópio, confirmou-se o diagnóstico (Figura 6).

Figura 6 - Carcinoma hepatocelular: Lesões macro e microscópicas neoplásicas hepáticas – Formações císticas parenquimatosas (**AB1**) e pleomorfismo epitelial celular (**AB2**) – H&E– 40X.

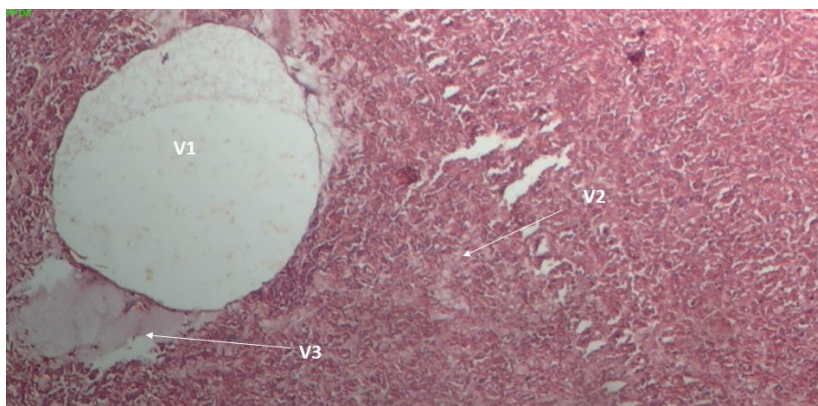


Fonte: Arquivo pessoal, 2023.

Tendo em vista os achados necroscópicos, a alteração que se destaca como patologia principal à causa *mortis*, sendo a decisão da eutanásia, foi o carcinoma hepatocelular.

O carcinoma hepatocelular (CHC) apresenta uma ampla variedade de manifestações, podendo exibir-se de forma maciça, nodular ou difusa, esta última, representando o estágio final da doença. Indicadores de malignidade incluem a falta de delimitação, presença de pedúnculos e variações na coloração devido a hemorragia, necrose e pigmentação biliar. A invasão de vasos portais é crucial no diagnóstico, sendo notável em alguns casos (Stalker; Hayes, 2007), como também no presente, representada na figura 7.

Figura 7 - Carcinoma hepatocelular: Dilatação veia centro lobular (**V1**), necrose difusa parenquimatosa (**V2**), fibroplasia e collagenose degenerativa perivascular (**V3**) (H&E – 40x).



Fonte: Arquivo pessoal, 2023.

3.6.RESULTADOS E DISCUSSÃO

A perícia médico-veterinária revelou que a leoa idosa cativa apresentava carcinoma hepatocelular (CHC) e hiperadrenocorticism (HAC). O histórico médico indicou que o câncer foi diagnosticado em janeiro, mas a intervenção cirúrgica, uma laparotomia exploratória, só ocorreu em maio. Durante esse procedimento, o tumor, no que se refere o CHC, não foi removido, evidenciando a falta de urgência e efetividade no tratamento, permitindo a progressão da doença. Além disso, a informação de que se tratava de um estado terminal e que o câncer se espalhou por todo o corpo não se corrobora com os achados da necropsia.

Durante o exame, foram visualizadas duas massas restritas ao parênquima do fígado.

Considerando que a expectativa média de vida de leões cativos é de cerca de 20 anos, (Lueders *et al.*, 2024), a longevidade crescente dos animais selvagens cativos está diretamente relacionada ao aumento do número de casos de neoplasias (Rodaski; Piekarz, 2009). Nesse contexto, apesar de o carcinoma hepatocelular (CHC) ser de tratamento complexo e com raras chances de cura em estágios avançados, intervenções precoces poderiam ter melhorado significativamente a qualidade de vida do animal. Em estágios iniciais, a remoção cirúrgica do tumor poderia ter reduzido a carga tumoral, retardado a progressão da doença e proporcionado uma sobrevida maior, com menos sintomas. Quando a cirurgia não é viável, terapias paliativas, como o uso de diuréticos para ascite e hepatoprotetores, poderiam ter minimizado o desconforto causado pela

insuficiência hepática (Terra *et al.*, 2017). Além disso, a eutanásia poderia ter sido considerada em um estágio mais precoce, evitando o prolongamento do sofrimento do animal caso outras intervenções tivessem se mostrado inviáveis.

Sabe-se que o HAC e o CHC apresentam uma inter-relação significativa, especialmente em termos de saúde hepática. O excesso de cortisol no HAC pode predispor a alterações hepáticas, como fibrose e esteatose, aumentando o risco de desenvolvimento de tumores como

O carcinoma hepatocelular. A sobreposição de sinais clínicos, como perda de peso e distensão abdominal, dificulta o diagnóstico diferencial, sendo necessária a realização de exames de imagem e biópsias para confirmação (Fossum, 2021).

Estudos como o de Bernard *et al.* (2014) analisaram 90 felinos não domésticos e identificaram que 78% apresentavam uma ou mais lesões hepáticas, sendo a degeneração hidrópica a mais prevalente. Entre esses felinos, 7% (6 exemplares) morreram devido às lesões hepáticas diagnosticadas. Outro estudo retrospectivo conduzido por Kloft (2019) mostrou que neoplasias malignas e benignas são comuns em aproximadamente metade dos *Panthera spp.* cativos que envelhecem, com 50,2% das admissões patológicas envolvendo neoplasias. Neoplasias nos sistemas reprodutivo, endócrino e tegumentar foram as mais frequentes, com o carcinoma mamário sendo a mais comum entre as fêmeas (Kloft, 2019).

O caso dessa leoa exemplifica a importância de um acompanhamento contínuo e adequado de animais em cativeiro. Embora a decisão de eutanásia possa ser considerada ética ao interromper o sofrimento extremo do animal, o tratamento inadequado e a falta de ações rápidas configuram negligência. Desde o momento do diagnóstico, em janeiro, soluções poderiam ter sido implementadas, como a remoção cirúrgica do tumor ou a adoção de terapias paliativas para melhorar sua qualidade de vida. O manejo inadequado de animais em cativeiro, além de comprometer seu bem-estar, gera implicações éticas e legais para a gestão de zoológicos (Cubas, Silva E Catão-Dias, 2014).

Por fim, lesões ambientais, como miíases interdigitais e antracose pulmonar, muitas vezes resultam das condições de cativeiro, demonstrando a importância de boas

práticas de manejo. A antracose, por exemplo, está relacionada à inalação de partículas de carbono, comum em ambientes poluídos, o que evidencia a necessidade de uma gestão ambiental adequada para a manutenção da saúde dos animais (Zachary; McGavin, 2013).

4 – DIGNIDADE ANIMAL EM ZOOLOGICOS

A perspectiva antropocêntrica do Direito Ambiental cedeu espaço para a perspectiva zoocêntrica, percebendo os animais como seres sencientes, portadores de um valor moral intrínseco e dotados de dignidade própria (Ataíde, 2019). De acordo com o Juíz Federal, especialista e pesquisador do direito animal Vicente de Paula Ataíde Junior:

A dignidade animal é derivada do fato biológico da senciência, ou seja, da capacidade de sentir dor e experimentar sofrimentos, físicos e/ou psíquicos. A senciência animal é juridicamente valorada, quando posta em confronto com as interações e atividades humanas, pela positivação da regra fundamental do Direito Animal contemporâneo: a proibição das práticas que submetam os animais à crueldade. [...] Da regra constitucional da proibição da crueldade – e dos princípios que também emanam do mesmo dispositivo constitucional, como o princípio da dignidade animal e o princípio da universalidade – é que exsurge o direito fundamental animal à existência digna. É direito fundamental – e não apenas objeto de compaixão ou de tutela –, porquanto é resultado da personalização e positivação do valor básico inerente à dignidade animal. (Ataíde, 2018).

Assim, a dignidade animal em zoológicos diz respeito ao reconhecimento e ao respeito pelos direitos e pelo bem-estar dos animais que habitam essas instituições, sendo fundamental para assegurar que os zoológicos desempenhem um papel construtivo na sociedade contemporânea.

4.1 ZOOLOGICOS, CONSERVAÇÃO E TURISMO SELVAGEM

O uso de animais pelos seres humanos, ainda hoje, pode ser fundamentado por uma ética antropocêntrica, abolicionista ou utilitarista (Potter, 2016). Somente no século XX, com o início das discussões sobre Bem-estar Animal, os zoológicos começaram a ser vistos como "museus vivos" e a ganhar uma função ecológica. Dentro deste panorama, estruturas foram melhoradas para oferecer aos animais um ambiente mais

próximo de seu habitat natural, sem, no entanto, abandonar o interesse econômico (Fischer *et al.*, 2017). No passado, a vida selvagem era abundante e parte do cotidiano das pessoas, mas hoje é mais experimentada por meio da tecnologia, o que oferece uma conexão mental, porém menos autêntica, com a natureza. Apesar da distância física, as pessoas conhecem espécies exóticas, e o turismo para ver animais em seus habitats naturais pode aproximar essa experiência da realidade. Ver animais selvagens pessoalmente transforma a percepção das representações virtuais, trazendo- nos mais próximos da experiência que nossos ancestrais vivenciavam (Tribe, 2004).

No entanto, a necessidade biológica humana de conviver com o natural não pode gerar sofrimento aos animais (Fisher *et al.*, 2017). Para alcançar esses resultados, é essencial que haja uma fundamentação científica nas práticas de criação e manejo, embasada por pesquisas realizadas tanto em campo quanto em outros zoológicos. Além disso, as iniciativas de conservação se tornam realmente eficazes quando os visitantes se sentem à vontade ao observar a qualidade de vida dos animais em seus recintos (Souza *Et Al.*, 2021; Maple, 2019).

Estima-se que existam pelo menos 116 parques zoológicos e aquários licenciados no país, segundo a Sociedade de Zoológicos e Aquários do Brasil. No entanto, calcula-se que há centenas de coleções zoológicas não licenciadas e não regulamentadas que ainda precisam ser identificadas e regularizadas ou encerradas pelas autoridades competentes (Souza *Et Al.*, 2021; Azab, 2019). No Brasil, o bem-estar de animais em cativeiro é regulamentado por leis, como a Lei de Crimes Ambientais (Lei n.º 9.605/98) e a Lei de Proteção à Fauna (Lei n.º 5.197/1967), além das instruções normativas do IBAMA. Essas regulamentações exigem que as instituições mantenham registros detalhados da origem de cada animal, assegurando que todos tenham sido adquiridos legal e eticamente, além de promover a conscientização sobre a preservação dos habitats naturais.

A origem dos animais em zoológicos é regida por legislações como a CITES, que regula o comércio de espécies ameaçadas, permitindo que zoológicos participem de programas de conservação. Além disso, muitos zoológicos recebem animais resgatados de situações de maus- tratos e tráfico ilegal, que não podem retornar à natureza (BRASIL, 1998). Programas de trocas e doações também são alternativas, sempre respeitando protocolos de saúde e bem-estar, conforme as normas da Associação Mundial de Zoos

e Aquários (WAZA).

A discussão sobre o papel dos zoológicos e aquários na conservação da fauna e na educação ambiental é complexa e multifacetada, com exemplos concretos que ilustram suas contribuições significativas. É certo que muitas espécies extintas na natureza podem ser encontradas vivendo em cativeiro nos zoológicos, e, um exemplo disto, se dá no Parque das Aves, em Foz do Iguaçu. O Parque das Aves se destaca com seu Projeto Jacutinga, que visa a reprodução dessa espécie ameaçada para reintrodução na Mata Atlântica, gerenciado pela ONG SAVE Brasil, além do sucesso na reprodução de 20 espécies de aves ameaçadas, incluindo o mutum-de-alagoas, que está extinto na natureza (PARQUE DAS AVES, 2019).

Outra das principais atribuições de atuação e visibilidade de um zoológico é a educação, uma vez que atendem uma ampla gama de visitantes. Segundo o Tratado de Educação Ambiental para Sociedades Sustentáveis e Responsabilidade Global, a Educação Ambiental busca “promover e apoiar a capacitação de recursos humanos para preservar, conservar e gerenciar o ambiente, como parte do exercício da cidadania local e planetária.” Essa abordagem holística enfatiza a interconexão entre os seres humanos, a natureza e o universo, utilizando uma perspectiva interdisciplinar. O enfoque é apoiado no desenvolvimento do “pensamento crítico e inovador, em qualquer contexto, seja formal, não formal ou informal,” visando promover a transformação e a construção de uma sociedade mais consciente e sustentável (TRATADO, 2018).

Na monografia de Gabriel (2023), foram entrevistados visitantes de um zoológico em Minas Gerais para discutir a função e o papel social e ambiental da instituição na sociedade. As opiniões dos visitantes sobre os zoológicos são diversas, com muitos os percebendo principalmente como locais de resgate de animais silvestres maltratados, o que revela uma falta de entendimento sobre suas funções reais. Apesar da variedade de perfis entre os entrevistados, suas percepções sobre o funcionamento do zoológico tendem a ser semelhantes. A maioria expressou apoio à existência dos zoológicos, valorizando-os como espaços para lazer, educação, geração de empregos e cuidado com os animais, além de facilitar a aproximação da população com a fauna. Opiniões contrárias foram pouco frequentes e geralmente argumentavam que os animais deveriam viver em liberdade. No entanto, a Prefeitura Municipal de Itabirito esclarece que todos os animais que habitam o zoológico não têm condições de

retornar à vida selvagem.

Por fim, o turismo selvagem também desempenha um papel importante na economia e na preservação da vida animal, sendo certo que envolve muitos participantes e gera receitas significativas. Ainda que não tenhamos estudos brasileiros recentes acerca deste tema, um estudo de Fillion *et al.* (1994) indicou que, em 1988, o turismo relacionado à vida selvagem representava entre 20% e 40% do turismo internacional, resultando em impactos econômicos que variavam de US\$ 47 bilhões a US\$ 155 bilhões. Além disso, o turismo de observação de animais, como o avistamento de baleias, também contribui significativamente para a economia, com milhões de participantes e gastos totais elevados (Tribe, 2004).

Em 1981, Philip Thresher, economista, analisou a importância dos leões como recurso turístico no Parque Nacional de Amboseli, no Quênia. Usando um modelo computacional, ele estimou que o valor turístico de um leão ao longo de 15 anos era de cerca de US\$ 1.195.000, o que representa aproximadamente US\$ 515.000 em receitas de câmbio estrangeiro por indivíduo. Esse valor é significativamente maior do que o de um leão para a caça, estimado em US\$ 8.500. Thresher também comparou o valor de um leão ao de 30.000 gado tipo zebu, ressaltando que a conservação dos leões poderia gerar mais de 2.000 empregos na área de observação da vida selvagem em Amboseli (Thresher, 1981).

4.2 LEÕES AFRICANOS EM ZOLÓGICOS BRASILEIROS

Os felídeos mantidos em cativeiro compartilham características que geram grande impacto e interesse para o público, e por este motivo, estão entre os animais preferidos por atrair visitantes (Bosa; Araújo, 2012). Dentro desta família, entre as espécies mais comuns, estão os leões, por possuírem elevada resistência e facilidade de reprodução, sendo assim, mais facilmente adaptáveis ao cativeiro (Fisher *et al.*, 2017).

Os leões africanos (*Panthera leo*), possuem um comportamento alimentar estritamente carnívoro. Embora tenham sido amplamente distribuídos por grande parte da África, Ásia e Europa, atualmente sua ocorrência se restringe a regiões da África

subsaariana. Esses grandes felinos apresentam características marcantes, como pelagem curta, cauda longa com um tufo de pelos pretos na extremidade, e um claro dimorfismo sexual, onde apenas os machos desenvolvem juba e tendem a ser maiores e mais pesados que as fêmeas (Alden *et al.*, 1998). Em seu habitat natural, vivem em grupos familiares, que podem variar entre 2 e 40 indivíduos (NATIONAL GEOGRAPHIC, 2020), habitando principalmente savanas e planícies, embora também sejam encontrados em áreas arborizadas, montanhosas e até habitats semidesérticos (Estes, 1993).

A União Internacional para a Conservação da Natureza (IUCN) estima que restam menos de 25 mil leões na África, classificando-os como vulneráveis à extinção. Entre as principais ameaças enfrentadas por esses felinos estão a matança indiscriminada — tanto retaliatória quanto preventiva para proteger humanos e gado — e a diminuição de suas presas naturais (IUCN, 2023). Nesse contexto, a manutenção de leões africanos em cativeiro desempenha um papel crucial na conservação da espécie, uma vez que esses indivíduos representam um patrimônio genético valioso (Ryder, 2003).

A conservação de carnívoros, especialmente os leões, é fundamental por várias razões, sendo uma das principais a sua posição no topo da pirâmide alimentar. Isso os torna espécies-chave, ou "bandeira" e "guarda-chuva", cuja preservação beneficia todo o ecossistema e outras espécies que compartilham o mesmo habitat (Dobrovolski *et al.*, 2013). Os leões, em particular, são considerados ícones da vida selvagem, frequentemente associados a zoológicos e atraindo muitos visitantes. Sua majestade e força não apenas encantam o público, mas também geram interesse pela conservação da fauna como um todo.

Esse apelo popular é vital, pois contribui para o financiamento de iniciativas de conservação de outras espécies menos conhecidas que coabitam com eles nos zoológicos. O valor econômico que os leões representam como recursos turísticos é significativo; por exemplo, no Parque Nacional de Amboseli, cada leão tinha um valor estimado de US\$ 515.000 ao longo de sua vida, conforme indicado por Thresher (1981). Essa quantificação evidencia a importância de conservar essas espécies, não apenas por seu valor intrínseco, mas também pelo impacto positivo que sua presença pode ter na proteção de um ecossistema mais amplo.

Possuir tais animais em recintos, no entanto, envolve uma série de questões éticas e legais. Embora esses animais não sejam nativos da fauna brasileira, são comumente mantidos em zoológicos e centros de conservação para fins de pesquisa, educação ou preservação. A legislação brasileira, por meio da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998) e de normativas do IBAMA, exige que esses animais sejam mantidos em condições que assegurem seu bem-estar físico e psicológico, o que inclui espaço adequado, alimentação balanceada, enriquecimento ambiental e cuidados veterinários regulares.

Como já mencionado, leões em cativeiro são portadores de um importante patrimônio genético, e, portanto, a presença desses animais no Brasil também está conectada à discussão sobre biopirataria e o uso indevido de material genético, sendo regulada pela Lei nº 13.123/2015, que protege a biodiversidade e estabelece diretrizes para o uso destes recursos. Assim, é fundamental que o Brasil esteja atento tanto à proteção de sua fauna quanto à regulamentação rigorosa da importação e manutenção de espécies exóticas, assegurando seu manejo adequado e a garantia do funcionamento de projetos conservacionistas em conformidade com normas ambientais e de bem-estar animal.

Assim, o fato de existirem leões africanos em cativeiro no Brasil, além de exigir o cumprimento rigoroso das normativas legais, suscita discussões relevantes sobre a capacidade de oferecer um ambiente que atenda adequadamente às necessidades complexas desses predadores, considerando seu comportamento e habitat natural.

4.3 BEM-ESTAR ANIMAL NA CONSERVAÇÃO DAS ESPÉCIES

4.3.1 DIGNIDADE ANIMAL, SAÚDE FÍSICA E MENTAL, E MAUS-TRATOS: SENCIÊNCIA ANIMAL

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabelece o princípio da dignidade animal, proibindo práticas que submetam os animais à crueldade. O artigo 225 veda tanto a submissão dos animais à crueldade quanto a extinção de espécies e o risco à

função ecológica da fauna e flora (BRASIL, 1988). A Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98) também criminaliza abusos, maus-tratos, ferimentos ou mutilações de animais (BRASIL, 1998).

O Direito Animal brasileiro se fortalece através de uma construção sólida de princípios, doutrinas e jurisprudência, tendo como base a busca pela dignidade animal e a proteção administrativa e judicial do Estado.

Segundo Ataíde (2018), o princípio da dignidade animal deriva da senciência, isto é, da capacidade dos animais de sentir dor e sofrimento, seja físico ou psíquico. A senciência fundamenta a proibição de práticas cruéis, garantindo aos animais o direito fundamental a uma existência digna. Ludmila dos Prazeres Costa reforça a importância de um novo olhar para os animais não humanos, baseado na comprovação científica da sua senciência e consciência, acompanhando a evolução das discussões mundiais (CONFERÊNCIA DE CAMBRIDGE, 2012).

A senciência animal é o alicerce da busca pela garantia da dignidade animal e sua tutela jurídica. Este conceito rompe com a visão antropocêntrica que trata os animais como objetos, promovendo uma nova agenda ética que busca a implementação de políticas públicas integradas e sem hierarquias entre as espécies. As discussões têm gerado mudanças comportamentais e paradigmáticas, sendo assimiladas tanto pela sociedade quanto pelo mundo jurídico.

Edna Cardozo Dias (2000), pioneira do Direito Animal brasileiro, defende que a proteção dos animais é uma questão jurídica relevante, de natureza legal, ambiental, política, social e cultural, reconhecendo os animais como sujeitos de direitos, embora esses direitos sejam pleiteados por representatividade, como ocorre com os incapazes.

Diversos princípios constituem a base do Direito Animal, conhecidos como princípios constitucionais animalistas. Ataíde (2020) afirma que o princípio da dignidade animal redimensiona o *status* jurídico dos animais de coisas para sujeitos, impondo ao Poder Público e à sociedade comportamentos que respeitem esse novo status. Esse princípio abrange não só a proibição de crueldades, mas também questões como criação, compra e venda de animais, antropomorfização de animais de estimação, uso da imagem de animais e a destinação adequada de atividades recreativas e culturais

envolvendo animais (Ataíde, 2020).

Não há distinção entre os animais: todos os membros do Reino Animal possuem dignidade e são protegidos pela legislação brasileira. Assim, qualquer animal pode ser vítima do crime tipificado no art. 32 da Lei 9.605/1998 (BRASIL, 1998). O princípio da primazia da liberdade natural também se deriva da dignidade animal, especialmente na Lei de Crimes Ambientais (BRASIL, 1998).

4.3.2 DIGNIDADE EM CATIVEIRO – CONSERVACIONISMO E EFICIÊNCIA

O princípio da primazia da liberdade natural, conforme o art. 25, § 1º, da Lei 9.605/1998, estabelece que os animais devem ser reintegrados ao seu habitat natural sempre que possível. Quando essa reintegração não é viável, é prevista a destinação desses animais a zoológicos ou outras entidades semelhantes, desde que ofereçam cuidados adequados e supervisão técnica especializada (BRASIL, 2014).

Os zoológicos, nesse contexto, devem atuar como instituições conservacionistas, comprometidas em promover o bem-estar animal e a preservação das espécies. Além de receberem animais resgatados, como os que foram atropelados em rodovias, essas entidades devem trabalhar ativamente para reabilitar e reintegrar os animais ao meio ambiente natural, quando possível. Nos casos em que isso não for viável, o ambiente cativo deve ser projetado para imitar ao máximo o habitat natural, considerando aspectos como a socialização de espécies que necessitam de interações sociais.

A decisão sobre o destino dos animais cativos deve sempre colocar o bem-estar animal em primeiro lugar, priorizando suas necessidades ecológicas e comportamentais sobre os interesses humanos. A proteção eficiente dos direitos fundamentais dos animais exige ação contínua do Estado e das entidades responsáveis, garantindo que os ambientes artificiais ofereçam qualidade de vida e respeitem as necessidades naturais dos animais.

4.3.3 CRITÉRIOS PARA CONSIDERAR O BEM-ESTAR EM CATIVEIROS – PREVENÇÃO E RESPONSABILIZAÇÃO

Os zoológicos são objeto de intensos debates quanto à sua capacidade de proporcionar condições mínimas de bem-estar animal em ambientes artificiais de cativeiro. Fisher *et al.* (2017) argumentam que muitos zoológicos falham em atender às necessidades comportamentais e ecológicas dos animais, resultando em comportamentos anormais, como agressividade, estereotípias e problemas de saúde relacionados ao estresse contínuo.

No Brasil, a legislação de proteção animal começou com o decreto federal 24.645/34, que criminalizou os maus-tratos e reconheceu os animais como seres com direitos (BRASIL, 1934). Desde então, as leis têm evoluído para incorporar princípios modernos de bem-estar animal, como as "cinco liberdades" descritas no Relatório Brambell de 1965. Essas liberdades garantem a ausência de fome, sede, medo, estresse, dor, e proporcionam condições para que os animais possam expressar seus comportamentos naturais (Brambell, 1965). Mellor (2016) destaca que o conceito de bem-estar animal passou a incluir não só a saúde física, mas também a saúde mental dos animais, além de abordar a interação entre humanos e animais.

Apesar dessas iniciativas legais e teóricas, muitos zoológicos brasileiros ainda operam de forma inadequada, com recintos que não oferecem as condições mínimas para os animais. Souza *et al.* (2021) apontam que muitos parques zoológicos no país não cumprem as normas vigentes, o que agrava os desafios para o bem-estar animal.

Casos internacionais, como o de Sandra, um orangotango de Buenos Aires, e Cecília, uma chimpanzé de Mendoza, evidenciam a luta judicial por melhores condições de vida para animais em cativeiro. Ambos os animais foram legalmente reconhecidos como sujeitos de direitos e transferidos para santuários, onde puderam viver em condições mais adequadas (Vázquez, 2020). Essas decisões judiciais refletem um movimento crescente para garantir que animais em cativeiro recebam tratamento digno.

O comportamento repetitivo compulsivo, conhecido como *abnormal repetitive behavior* (ARB), é um dos sinais mais evidentes do impacto negativo do cativeiro. Felinos, por exemplo, podem apresentar comportamentos como andar de um lado para o outro repetidamente (*pacing*), sacudir a cabeça, bater-se em paredes ou se automutilar. Esses comportamentos indicam estresse, depressão e psicoses, frequentemente observados em animais de zoológicos.

Nesse contexto, a bioética ambiental desempenha um papel fundamental. Fisher *et al.* (2017) sugerem que uma abordagem ética robusta é necessária para mediar os conflitos éticos e práticos que surgem nos zoológicos. O enriquecimento ambiental — prática que visa modificar e diversificar o habitat cativo para estimular comportamentos naturais — é uma estratégia essencial para melhorar a qualidade de vida dos animais. No entanto, sua implementação pode exigir investimentos substanciais, especialmente para grandes predadores, como os felinos.

Além disso, o conceito de "mínimo existencial", discutido por Sarlet e Fensterseifer (2001), destaca que animais não podem ser privados de uma existência minimamente digna, e cabe ao Estado garantir que essa dignidade seja respeitada. Esse princípio é fundamental para uma abordagem mais ampla de saúde única, que integra o bem-estar animal com a saúde pública e ambiental.

Em conclusão, garantir o bem-estar animal em cativeiro envolve múltiplos fatores, como o conhecimento das particularidades biológicas e comportamentais de cada espécie, a implementação de enriquecimento ambiental, e a revisão das políticas de conservação e gestão dos zoológicos. Embora muitos zoológicos abriguem animais resgatados, as condições inadequadas dos recintos frequentemente resultam em estresse crônico, estereotípias e problemas de saúde que seriam raramente observados no habitat natural. A cooperação entre governo, instituições de pesquisa e a sociedade civil é crucial para assegurar a preservação das espécies e o respeito à dignidade dos animais em cativeiro.

4.4 RESPONSABILIDADE E ÉTICA PROFISSIONAL

A negligência ocorre quando um profissional deixa de cumprir deveres essenciais, mesmo tendo a capacidade de evitar danos, enquanto a imprudência resulta de ações apressadas e desatentas aos riscos conhecidos. Por sua vez, a imperícia refere-se à falta de conhecimento técnico ou preparo adequado para executar uma atividade específica (Silva, 2023). A responsabilidade pode ser definida como a obrigação de assumir e responder pelas próprias ações ou pelas de terceiros. No contexto da responsabilidade profissional, esta refere-se aos danos causados por um profissional liberal devido ao descumprimento de obrigações contratuais, seja em relação aos meios utilizados ou aos resultados esperados, caracterizando o não cumprimento de seus deveres (Massad; Massad, 2017).

O zootecnista é qualificado para trabalhar na criação e produção animal em diversos setores, podendo assumir a responsabilidade técnica em empreendimentos relacionados à criação, comercialização, manutenção, manejo de animais, e na manufatura de seus produtos e subprodutos (BRASIL, 1968). Entre esses empreendimentos, destacam-se os zoológicos, onde o zootecnista aplica conhecimentos técnicos sobre sistemas de conservação e preservação de fauna em cativeiro. Esse profissional é essencial para o funcionamento dos zoológicos, pois contribui para o crescimento saudável dos animais, promove o sucesso reprodutivo, ajuda na prevenção e tratamento de doenças, aumenta a longevidade e assegura o bem-estar animal, atendendo às exigências fisiológicas de cada espécie (Tavares, 2013).

Nos zoológicos, o biólogo desempenha um papel fundamental, amparado pelas atribuições estabelecidas no Art. 2º da Lei nº 6.684/1979. Ele é responsável por formular e desenvolver estudos, projetos e pesquisas que abrangem diversas áreas da Biologia, contribuindo para a preservação e o bem-estar dos animais em cativeiro. Isso inclui a realização de pesquisas sobre comportamento, além de orientar e prestar consultoria na implementação de programas de conservação e manejo que buscam replicar o habitat natural das espécies (BRASIL, 1979).

O médico-veterinário, responsável por promover a saúde e o bem-estar animal,

deve seguir as diretrizes do Código de Ética do Médico Veterinário (CEMV) e as normas do Conselho Federal de Medicina Veterinária (CFMV), que regulam a prática no Brasil, incluindo a Medicina Veterinária de animais silvestres em zoológicos. A Lei nº 5.517, de 1968, estabelece que apenas profissionais com diplomas reconhecidos e registrados no Ministério da Educação podem exercer a profissão, além de exigir a posse da carteira profissional emitida pelo CFMV ou pelos Conselhos Regionais. Essa regulamentação garante que os médicos-veterinários tenham as competências necessárias para atuar de forma ética e responsável, especialmente em ambientes complexos como zoológicos, no que diz respeito a intervenções clínico-cirúrgicas (BRASIL, 1968).

Sob a ótica do relato de caso da leoa, faz-se importante discutir a responsabilidade das instituições acadêmicas que operam zoológicos, que deveriam possuir profissionais capacitados. A gestão desses locais vai além da obtenção de licenças ambientais, exigindo também uma equipe técnica capacitada, responsável por assegurar o bem-estar dos animais.

A legislação brasileira prevê punições para maus-tratos e negligência contra animais, conforme estipulado no artigo 32 da Lei nº 9.605/1998. Contudo, atualmente existem propostas de lei em tramitação no Congresso que visam endurecer as penalidades e expandir a abrangência das normas. A Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável da Câmara dos Deputados aprovou projeto de lei PL 1519/22 que altera a Lei nº 9.605/1998 para determinar que as autoridades estatais terão o dever, ainda que sem mandado, de entrar em propriedade privada com a finalidade de resgatar animais em flagrante situação de maus-tratos. No contexto de zoológicos, essa legislação pode ser particularmente relevante, ao passo que reforça a importância de garantir condições adequadas de vida para esses seres, ao mesmo tempo em que regulamenta a atuação dos cidadãos e das autoridades na proteção dos direitos dos animais (BRASIL, 2022).

Essa discussão se torna ainda mais relevante à luz de casos como o da leoa apresentado neste trabalho, pois esses quadros clínicos podem servir como ponto de partida para refletir sobre como a negligência em ambientes de cativeiro deve ser considerada como maus-tratos. Quando evidências apontam que tais doenças são resultado de cuidados inadequados, é possível que os responsáveis pelo manejo dos

animais sejam penalizados por negligência ou até por crueldade, dependendo das circunstâncias.

A responsabilidade de uma equipe multidisciplinar em zoológicos é garantir que os animais sob seus cuidados recebam o melhor cuidado, o que envolve não apenas a aplicação de procedimentos médicos éticos, mas também a consideração do bem-estar físico e emocional dos animais. As decisões de manejo devem priorizar os interesses dos animais, sempre em conformidade com as normas de bem-estar estabelecidas. Nesse contexto, a ética profissional é essencial, exigindo que profissionais envolvidos na rotina zoológica mantenham altos padrões de competência e honestidade. Isso inclui a responsabilidade em relação a percepção de diagnósticos, tratamentos e prevenções, além da consciência de suas limitações e da busca contínua pelo aprimoramento das habilidades, e ainda, na orientação de funcionários como tratadores.

CONCLUSÃO

A necropsia da leoa cativa evidenciou diversas alterações patológicas, como lesões cirúrgicas prévias, síndrome de Cushing, infestação por miíases e, principalmente, um carcinoma hepatocelular. Tais achados fornecem elementos essenciais para a compreensão das condições de saúde do animal e são fundamentais para a implementação de medidas corretivas no manejo, visando garantir o bem-estar de espécimes mantidos em cativeiro.

O laudo pericial também demonstra os impactos negativos causados por condições ambientais inadequadas, reforçando a importância de uma gestão cuidadosa e monitoramento contínuo em ambientes de cativeiro. Situações evitáveis, como a presença de miíase interdigital, configuram negligência e falhas no cumprimento dos deveres legais de proteção animal, o que expõe as instituições responsáveis a responsabilização jurídica por violações das normas de bem-estar animal. Neste contexto, o médico veterinário perito exerce um papel fundamental na coleta e apresentação de provas técnicas que podem corroborar acusações de maus-tratos ou negligência.

O conceito de senciência, que reconhece a capacidade dos animais de experimentar dor, sofrimento e prazer, ocupa um lugar central nas discussões jurídicas sobre o tratamento ético e adequado dos animais em cativeiro. Esse reconhecimento impõe um dever adicional às instituições, que devem assegurar não apenas a saúde física, mas também o bem-estar emocional e comportamental dos animais, conforme previsto em legislações nacionais e internacionais sobre o tema.

Assim, os zoológicos, enquanto centros de conservação, desempenham um papel relevante na proteção e manejo de animais que, por diversas razões, não podem ser reintegrados ao ambiente natural. No entanto, sua atuação está subordinada a rigorosos padrões legais que exigem fiscalizações regulares e garantem que o manejo seja feito de acordo com as necessidades biológicas e comportamentais das espécies, visando a evitar situações que comprometam o bem-estar animal. A falta de adequação a essas exigências pode gerar graves consequências jurídicas para as instituições, incluindo sanções administrativas, redistribuição dos animais e outras penalidades legais.

O presente estudo de caso, aliado à análise da legislação vigente e da jurisprudência, ressalta a urgência de uma fiscalização eficaz das normas de bem-estar animal e a necessidade de capacitação contínua dos profissionais que atuam em zoológicos e centros de conservação. Tal capacitação é indispensável para que o manejo dos animais respeite integralmente as diretrizes legais e éticas voltadas à proteção dos direitos dos animais.

REFERÊNCIAS

AMOLI, K. Anthracotic airways disease: report of 102 cases. **Tanaffos: Journal of Respiratory Disease, Thoracic Surgery, Intensive Care and Tuberculosis**, v. 8, p. 14-22, 2009.

ATAÍDE, V. P. J. Introdução ao Direito Animal Brasileiro. In **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 13, n. 03, 2018.

ATAÍDE, V. P. J. **Capacidade processual dos animais: A judicialização do Direito Animal no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuter – Revista dos Tribunais, 2022. 416 p.

ATAÍDE, V. P. J. Princípios do Direito Animal Brasileiro. Disponível em: **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, e-issn 2358- 4777, v. 30, n. 01,

p.106- 136, Jan-Jun 2020.

ASSOCIAÇÃO DE ZOOLOGICOS E AQUÁRIOS DO BRASIL (AZAB).
Disponível em: <https://www.azab.org.br/home>. Acesso em: 08 out. 2024.

BRASIL. Decreto nº 3.607, de 21 de setembro de 2000. **Dispõe sobre a implementação da Convenção sobre Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção - CITES, e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Brasília, 22 set. 2000.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1519, de 2022. **Determina que as autoridades estatais terão o dever, ainda que sem mandado, de entrar em propriedade privada com a finalidade de resgatar animais em flagrante situação de maus-tratos.** Câmara dos Deputados, 2022.

BRASIL. Decreto nº 24.645, de 10 de julho de 1934. **Estabelece medidas de proteção aos animais.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jul. 1934.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Conselho Nacional do Meio Ambiente. **Resolução nº 489, de 26 de outubro de 2018.** Define as categorias de atividades ou empreendimentos e estabelece critérios gerais para a autorização de uso e manejo, em cativeiro, da fauna silvestre e da fauna exótica. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, n. 208, p. 69, 29 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 5.517, de 23 de outubro de 1968. **Dispõe sobre o exercício da profissão de médico-veterinário e cria os Conselhos Federal e Regionais de Medicina Veterinária.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 out. 1968.

BRASIL. Lei nº 6.684, de 3 de setembro de 1979. **Regulamenta as profissões de Biólogo e Biomédico, cria o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Biologia e Biomedicina, e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 4 set. 1979.

BRUXELAS. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais.** Unesco – ONU, Bruxelas, Bélgica, 27 de janeiro de 1978.

CAMBRIDGE (Reino Unido). **Declaração de Cambridge sobre a Consciência em Animais Humanos e Não Humanos.** 07 de julho de 2012.

COSTA, I. D. A. **Clínica e comportamento de animais selvagens.** Universidade de Évora, 2015.

CUBA, Z. S.; RAMOS SILVA, J. C.; CATÃO-DIAS, J. L. **Tratado de Animais Selvagens.** São Paulo: ROCA, 2014. ISBN 978-85-277-3248-1.

CULLEN, J. M.; STALKER, M. J. Liver and biliary system. In: JUBB, K. V. F.; KENNEDY, P. C.; PALMER, N. (Eds.). **Pathology of Domestic Animals.** 6. ed. St. Louis, MO: Elsevier, 2016. v. 2, p. 258–352.

DAMASCENO, J. Enriquecimento ambiental para felinos em cativeiro: classificação de técnicas, desafios e futuras direções. **Revista Brasileira de Zootecias**, v. 19, n. 2, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.34019/2596-3325.2018.v19.24748>. Acesso em: 08 out. 2024.

DIAS, E. C. **A Tutela Jurídica dos Animais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. 253p.

FARSETTE, A. B. N.; DIAS NETO, R. N.; BARBOSA, B. E. P.; MIRANDA, B. P.; ALVES, A. C. T.; BARROS, M. A. Hyperadrenocorticism in a crab-eating fox (*Cerdocyon thous*) kept under human care. **Acta Veterinaria Brasilica**, v. 16, p. 338-341, 2022. DOI: 10.21708/avb.2022.164.11085.

FELDMAN, E. C.; NELSON, R. W. **Canine and Feline Endocrinology and Reproduction**. 3. ed. St. Louis: Saunders, 2004.

FILION, F. L.; FOLEY, J. P.; JACQEMOT, A. J. The economics of global ecotourism. In: MUNASINGHE, M.; McNEALY, J. (Eds.). **Protected Area Economics and Policy: Linking Conservation and Sustainable Development**. The World Bank, Washington, DC, 1994. p. 235-252.

FISCHER, M. L.; PROHNII, S. S.; ARTIGAS, N. A. S.; SILVERIO, R. A. Os Zoológicos sob a perspectiva da bioética ambiental: uma análise a partir do estudo de caso dos felídeos cativos. **Revista Iberoamericana de Bioética**, v. 4, p. 1-17, 2017.

FOSSUM, Gwen. **Veterinary Surgery: Small Animal**. 2. ed. St. Louis: Elsevier, 2021.

KLOFT, H. M.; RAMSAY, E. C.; SULA, M. M. Neoplasia in Captive Panthera Species. **Journal of Comparative Pathology**, v. 16,6, p. 35-44, 2019.

LUEDERS, I; REUKEN, J.; LUTHER, I.; VAN DER HORST, G.; KOTZE, A.; TORDIFFE, A.; SIEME, H.; JAKOP, U.; MUELLER, K. Effect of age and body condition score on reproductive organ size and sperm parameters in captive male African lion (*Panthera leo*): Suggesting a prime breeding age. **Theriogenology Wild**, v. 5, 2024, p. 100093

MAPLE, T. L. **O professor no zoológico – Projetando o futuro para a vida selvagem sob cuidados humanos**. Fernandina Beach, Flórida: RedLeaf Press, 2019.

MELLOR, D. J. Updating animal welfare thinking: moving beyond the “five freedoms” towards “a life worth living”. **Animals**, v. 6, p. 21, 2016.

MORATO, R. G. *et al.* **Manejo e conservação de carnívoros neotropicais**. São Paulo: IBAMA, 2006. 397 p.

NATIONAL GEOGRAPHIC. Leão-africano. 2020. Disponível em: <https://www.nationalgeographicbrasil.com/animais/mamiferos/leao-africano>. Acesso em: 08 out. 2024.

NOURANI, H.; KARIMI, I. Hepatocellular carcinoma in a sheep. **Iranian Journal of Veterinary Research**, v. 8, n. 4, 2007.

OLIVEIRA, P. K. M.; CARPI, L. C. Enriquecimento ambiental para Ariranha (*Pteronura brasiliensis*) no zoológico de Brasília. **Atas de Saúde Ambiental**, v. 4, n. 1, p. 30–46, 2016.

PARQUE DAS AVES. Como os zoológicos podem ajudar na conservação de espécies na natureza? Publicado em 04 mar. 2019. Atualizado em 28 ago. 2024. Disponível em: <https://www.parquedasaves.com.br/blog/como-os-zoologicos-podem-ajudar-na-conservacao-de-especies-na-natureza/>. Acesso em: 08 out. 2024.

RYDER, O. A. Genetic studies in zoological parks and their application to conservation: past, present and future. *International Zoo Yearbook*, Londres, v. 38, n. 1, p. 102-111, 2003.

SÁNCHEZ, J. M. A. **Manual para el rastreo de mamíferos silvestres de México**. México: Conabio, 2012.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. Direito constitucional ambiental: Estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2001.952p.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2019. 936p.

STALKER, M. J.; HAYES, M. A. Liver and biliary system. In: JUBB, K. V. F.; KENNEDY, P. C.; PALMER, N. (Eds.). **Pathology of Domestic Animals**. 5. ed. Philadelphia: Saunders Elsevier, 2007. v. 2, p. 383-388.

TERRA E.M.; FERREIRA T.M.M.R.; RODRIGUES L. Neoplasias hepáticas. In: Dalek C.R. & Nardi A.B. (Eds). **Oncologia de Cães e Gatos**. Rio de Janeiro: Roca, pp.415-421, 2017.

THRESHER, P. The economics of a lion. **Unasyuva**, v. 33, n. 134, p. 34-35, 1981.

TRATADO DE EDUCAÇÃO AMBIENTAL PARA SOCIEDADES SUSTENTÁVEIS E RESPONSABILIDADE GLOBAL. In: **BRASIL. Ministério do Meio Ambiente - MMA, Ministério da Educação - MEC. Educação Ambiental por um Brasil Sustentável: ProNEA, Marcos Legais e Normativos**. Brasília: MMA, 2018. p. 89-94.

TRIBE, A. Zoo tourism. In: HIGGINBOTTOM, K. (Ed.). **Wildlife tourism: Impacts, management and planning**. Common Ground Publishing, 2004.

VÁZQUEZ, B. I. O. A proteção animal nas constituições como primeiro passo do reconhecimento dos direitos fundamentais dos demais animais. **Revista Latino-Americana de Direitos da Natureza e dos Animais**, Salvador, v. 3, n. 1, p. 222-234,

2020.

WEST, G.; HEARD, D.; CAULKETT, N. (Eds.). SPAREMBERGER, R. F.;
LACERDA, J. Os animais no direito brasileiro: desafios e perspectivas. **Revista Amicus
Curiae – Direito**, v. 12, n. 2, p. 184 – 202, 2015.

ZACHARY, J. F.; MCGAVIN, M. D. Hepatic and biliary system. In: **Pathologic
Basis of Veterinary Disease**. 5. ed. St. Louis, MO: Elsevier, 2011. p. 375-441.

OS DESAFIOS DA CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE ANIMAL POR MEIO DE TÍTULOS DE IMPACTO AMBIENTAL NO BRASIL

THE CHALLENGES OF CONSERVING ANIMAL BIODIVERSITY THROUGH ENVIRONMENTAL IMPACT BOND IN BRAZIL

Nikolas Keppe

Mestrando em Sustentabilidade pela USP e Graduado em Marketing pela
Universidade de São Paulo em 2022.

Tania Pereira Christopoulos

Professora Associada da Escola de Artes, Ciências e Humanidades da Universidade de São Paulo. Atua como coordenadora, orientadora e docente no Programa de Mestrado e Doutorado em Sustentabilidade e como docente no curso de bacharelado em Marketing da Universidade de São Paulo. Possui Pós-Doutoramento em negócios sociais pela HEC Montreal e pela Universidade de Lisboa, Ph.D e mestrado em Gestão de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas e London Business School.

RESUMO

Este estudo investiga os desafios para a implementação dos *Wildlife Conservation Bonds* (WCB) no Brasil, destacando sua relevância para a conservação da biodiversidade. Com foco nos *Rhino Bonds*, emitidos pelo Banco Mundial para a preservação do rinoceronte-negro na África do Sul, o artigo analisa o potencial de adaptação desse instrumento financeiro no contexto brasileiro. A pesquisa revisa o cenário de títulos sustentáveis no Brasil e examina a viabilidade dos WCBs como uma ferramenta de conservação, levando em conta as particularidades econômicas e ambientais do país, como a falta de padronização do mercado de títulos verdes e as barreiras à participação de pequenos projetos. O estudo destaca a importância de políticas públicas e incentivos para atrair investidores e promover uma conservação eficaz, aliando desenvolvimento econômico e preservação ambiental.

Palavras-chave: *Wildlife Conservation Bonds*, biodiversidade, conservação ambiental e títulos sustentáveis.

ABSTRACT

This study investigates the challenges for the implementation of Wildlife Conservation Bonds (WCB) in Brazil, highlighting their relevance for biodiversity conservation. Focusing on the Rhino Bonds, issued by the World Bank for the preservation of the black rhinoceros in South Africa, the article analyzes the potential adaptation of this financial instrument to the Brazilian context. The research reviews the sustainable bond market in Brazil and examines the viability of WCBs as a conservation tool, considering the country's economic and environmental particularities, such as the lack of market standardization for green bonds and barriers to the participation of small projects. The study emphasizes the importance of public policies and incentives to attract investors and promote effective conservation, combining economic development and environmental preservation.

Keywords: Wildlife Conservation Bonds, biodiversity, environmental conservation, sustainable bonds.

INTRODUÇÃO

Nos últimos cem anos, o planeta tem presenciado uma extinção em massa impulsionada por atividades humanas, com uma perda de espécies sem precedentes. A biodiversidade brasileira, que representa mais de 13% da biota global, é particularmente vulnerável, com biomas como o Cerrado e a Mata Atlântica sofrendo intensas pressões da expansão agropecuária e urbana, resultando em perda de habitats. A poluição e as mudanças climáticas agravam esse quadro, ameaçando a resiliência dos ecossistemas (Mariuzzo, 2018). O Brasil, que abriga mais de 120.000 espécies, enfrenta uma grave crise de biodiversidade, com 1.173 espécies ameaçadas de extinção, das quais 318 estão criticamente em perigo, segundo o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (2018). A implementação de estratégias eficazes de conservação é essencial para a preservação deste patrimônio natural.

Estudos recentes mostram que a perda de habitats e as mudanças climáticas afetam diretamente a sobrevivência de espécies endêmicas e ameaçadas. Silva et al. (2019) projetaram que até 85% das espécies micro endêmicas de plantas no Brasil estão em risco elevado de extinção até o final do século devido à perda de habitat e mudanças climáticas. Além disso, a degradação da Amazônia, impulsionada pelo desmatamento, também ameaça a saúde pública e a biodiversidade, intensificando as mudanças climáticas e contribuindo para a propagação de doenças emergentes (Ellwanger Et Al., 2020).

A crise de biodiversidade se agrava em um cenário em que modelos econômicos

tradicionais, focados em trabalho e capital, negligenciaram a preservação ambiental. Esses modelos não consideraram adequadamente os recursos naturais além dos fluxos de caixa de curto prazo. Com os desafios ambientais crescentes e a percepção dos limites planetários, é crucial uma transição para uma economia sustentável que integre a conservação da biodiversidade. O sistema financeiro tem um papel essencial ao direcionar investimentos para projetos de baixo carbono, promovendo a sustentabilidade e evitando riscos econômicos, como ativos encalhados (Schoenmaker & Schramade, 2019). No Brasil, essa integração é crucial devido à alta taxa de degradação ambiental e extinção de espécies, como o limpa-folha-do-nordeste, que foi declarado extinto em 2018 após a destruição de seu habitat natural (Mariuzzo, 2018).

Os recentes eventos destacam a necessidade de um novo paradigma, no qual o sistema financeiro direcione recursos para projetos comprometidos com a sustentabilidade. Iniciativas como o *Wildlife Conservation Bond* (WCB), lançado pelo Banco Mundial em 2022, exemplificam o papel do setor financeiro como catalisador de mudanças. O WCB, estruturado como um título sustentável de cinco anos, mobilizou US\$ 150 milhões para a conservação dos rinocerontes-negros (*Diceros bicornis*) na África do Sul, espécie criticamente ameaçada, com menos de 6.500 indivíduos (WORLD BANK, 2022; GREEN FINANCE INSTITUTE, 2024). Esse modelo de financiamento vincula o retorno ao crescimento populacional dos rinocerontes em áreas protegidas. Os investidores recebem um "pagamento de sucesso" se as metas forem alcançadas, demonstrando o potencial de alinhar mecanismos financeiros com objetivos de conservação. A proteção dessa espécie, além de beneficiar o ecossistema, impulsiona o turismo e as economias locais, criando um ciclo virtuoso entre preservação ambiental e desenvolvimento econômico (WORLD BANK, 2022). Essa abordagem pode inspirar iniciativas semelhantes no Brasil, onde a biodiversidade enfrenta ameaças significativas.

O presente estudo tem como objetivo analisar os desafios para a implementação dos *Wildlife Conservation Bonds* (WCB) no Brasil. Para responder a essa questão de pesquisa, será realizada uma revisão da literatura disponível sobre *Wildlife Conservation Bonds* (WCB) e títulos sustentáveis para compreender as principais barreiras e facilitadores identificados em estudos anteriores. A revisão incluirá tanto fontes acadêmicas quanto relatórios de instituições financeiras e organismos internacionais que tratem de títulos de conservação. Desta forma, abrangendo tanto os dados acadêmicos

quanto os dados disponibilizados pelo mercado. O estudo se justifica pela ausência de artigos brasileiros que estudam a viabilidade dos WCB em território nacional, sendo inédito ao analisar os desafios e o cenário brasileiro.

1. TÍTULOS DE IMPACTO AMBIENTAL

1.1 ESTRUTURAÇÃO DE TÍTULOS DE IMPACTO

Os *Environmental Impact Bonds* (EIBs) representam uma nova abordagem no financiamento de projetos voltados à proteção dos recursos naturais, baseando-se nos resultados verificáveis das intervenções realizadas (Balboa, 2016). A principal diferença dos EIBs é a lógica de pagamento por resultados (PbR), na qual o retorno ao investidor depende do sucesso dos objetivos ambientais estabelecidos, como a redução de inundações ou a recuperação de ecossistemas degradados (Trotta, 2023). Enquanto os títulos convencionais são mais adequados para projetos que geram receita direta, os EIBs se destacam por viabilizar a mobilização de capital privado para projetos de conservação que, historicamente, dependiam de doações e financiamento público, expandindo assim as possibilidades de investimento de impacto em iniciativas de difícil monetização, como a preservação de espécies ameaçadas (Thompson, 2022). Assim, a evolução dos *green bonds* para os EIBs reflete uma tendência crescente de alavancar o capital financeiro em prol de resultados ambientais e sociais mensuráveis, consolidando esses instrumentos como ferramentas fundamentais na agenda global de sustentabilidade.

Os EIBs funcionam da seguinte forma: investidores fornecem capital inicial para um veículo financeiro específico do projeto (ou de uma agregação de projetos). Esses fundos iniciais são então transferidos para o implementador do projeto, responsável por executar o trabalho, que opcionalmente pode ser também a entidade beneficiada. À medida que a intervenção ambiental gera resultados específicos, um consórcio de entidades públicas e/ou privadas beneficiadas reembolsa o custo do projeto, acrescido de juros, ao EIB, que por sua vez repassa aos investidores. A taxa de juros pode ser pré-determinada ou baseada no desempenho, conforme diversos benefícios ambientais são

concretizados para os beneficiários. A agregação dessas entidades pode ser facilitada por um desenvolvedor de projeto que elabora os contratos e os termos de reembolso para cada entidade. Um aspecto central dos EIBs é que eles são pagos pelos beneficiários dos resultados e produtos do projeto, que geram economias de custo e benefícios financeiros, muitos dos quais estão associados a serviços ecossistêmicos ligados à infraestrutura natural (Brand et al., 2021).

A fins de comparação, os *bonds* convencionais funcionam como empréstimos emitidos por organizações, corporações ou governos que desejam levantar recursos financeiros. Quando os investidores compram *bonds*, estão na verdade, emprestando seu dinheiro por um período de tempo determinado. Os fundos levantados são direcionados para atividades de projetos que buscam gerar receita. Os *bonds* convencionais só podem ser considerados investimentos de impacto quando essas atividades têm a intenção de gerar impacto ambiental e/ou social. O período durante o qual o *bond* permanece ativo é chamado de "vigência" (*tenure*), que termina na data de vencimento. Durante a vigência, os investidores recebem cupons, que são pagamentos de juros fixos periódicos, geralmente feitos anualmente, gerados a partir das atividades que geram receita. Na data de vencimento, os investidores recebem o valor principal, ou seja, o valor original investido. Embora o reembolso do principal apenas devolva o valor investido, os cupons proporcionam lucro adicional ao investidor (Thompson, 2022).

1.2 MERCADO DE TÍTULOS AMBIENTAIS DE IMPACTO

Conforme apresentado por Thompson (2022), diversos títulos de dívida sustentáveis têm sido utilizados para a conservação da biodiversidade, cada um com características distintas quanto à emissão, vencimento, retorno esperado, tipo de título, país e ativo financiado. Entre os analisados, destacam-se três títulos convencionais e dois de impacto: (1) o *Green Bond for Working Forests (GBWF)*, emitido em 2019, com vencimento em 2029 e retorno de 3,474%, financia o manejo sustentável de florestas nos EUA, focando na produção de madeira; (2) o *Tropical Landscapes Finance Facility Sustainability Bond (TLFFSB)*, emitido em 2018 e com vencimento em 2033,

com retorno variando de 2% a 9%, apoia a expansão de plantações sustentáveis de borracha na Indonésia; e (3) o *IFC Forests Bond (IFCFB)*, emitido em 2016 e vencido em 2021, com retorno de 1,546%, promove a conservação florestal no Quênia através da geração de créditos de carbono. Entre os títulos de impacto, destacam-se: (4) o *Forest Resilience Bond (FRB)*, emitido em 2018 e vencido em 2022, com retorno de 4%, voltado para a resiliência florestal e serviços ecossistêmicos nos EUA; e (5) o *Rhino Impact Bond (RIB)*, emitido em 2021 com vencimento em 2026, e retorno de 1,83%, cujo objetivo é aumentar a população de rinocerontes na África do Sul por meio de ações anti-caça furtiva e melhorias de habitat. Este último é o único focado especificamente na conservação de uma espécie animal, oferecendo retorno financeiro aos investidores apenas se a meta de crescimento populacional for atingida, caracterizando um modelo inovador de investimento de impacto voltado à proteção da fauna ameaçada. A tabela abaixo resume os títulos:

Tabela 1 - Visão geral de títulos de impacto ambiental

Título	Ano de Emissão	Ano de Vencimento	Retorno	Tipo de Título	País	Ativo Financiado
<i>Green Bond for Working Forests (GBWF)</i>	2019	2029	3,47%	Convencional	EUA	Manejo sustentável de Florestas (produção de madeira)
<i>Tropical Landscapes Finance Facility Sustainability Bond (TLFFSB)</i>	2018	2033	2% a 9%	Convencional	Indonésia	Expansão de plantações sustentáveis de borracha
<i>IFC Forests Bond (IFCFB)</i>	2016	2021	1,55%	Convencional	Quênia	Conservação Florestal (créditos de carbono)
<i>Forest Resilience Bond (FRB)</i>	2018	2022	4%	Impacto	EUA	Resiliência Florestal e serviços ecossistêmicos
<i>Rhino Impact Bond (RIB)</i>	2021	2026	1,83%	Impacto	África do Sul	Aumento da população de rinocerontes

Fonte: Thompson (2022)

A tabela apresenta uma diversidade de títulos de dívida sustentáveis, com distintos perfis em termos de retorno, prazo de vencimento, país de atuação e ativos financiados, evidenciando a flexibilidade desses instrumentos para financiar atividades voltadas à conservação da biodiversidade. Ao analisar criticamente os dados, podemos destacar alguns pontos relevantes. A diversidade geográfica e setorial mostra a atuação desses títulos em diferentes regiões e setores. Os títulos convencionais, como o *Green Bond for Working Forests* e o *Tropical Landscapes Finance Facility Sustainability Bond*, estão focados em ativos florestais e agroflorestais nos EUA e Indonésia, enquanto o *IFC Forests Bond* é voltado à conservação florestal no Quênia. Já os títulos de impacto, como o *Forest Resilience Bond* e o *Rhino Impact Bond*, concentram-se em atividades florestais e conservação da vida selvagem nos EUA e na África do Sul. Essa distribuição geográfica e temática é positiva, pois reflete a capacidade desses instrumentos de endereçar problemas globais em contextos locais específicos, o que pode atrair diferentes perfis de investidores (Dupont, Levitt, Bilmes, 2015).

A variação nos retornos indica diferentes níveis de risco e oportunidade de ganho para os investidores. Títulos como o *Tropical Landscapes Finance Facility Sustainability Bond* oferecem um retorno variável entre 2% e 9%, sugerindo um nível de incerteza maior nos resultados financeiros, mas com um potencial de retorno mais atrativo. Em contrapartida, o *IFC Forests Bond* apresenta um retorno muito mais conservador, de 1,546%, refletindo o foco em um ativo, créditos de carbono, que pode ter menor volatilidade, mas menor potencial de ganho. A relação entre retorno e risco é clara: projetos com maior impacto ou inovação, como o *Rhino Impact Bond*, que oferece 1,83% de retorno e está diretamente vinculado ao sucesso na preservação de espécies, trazem um modelo mais desafiador e de maior risco, uma vez que os retornos estão condicionados ao cumprimento de metas ambientais (Thompson, 2022).

Os prazos de vencimento variam consideravelmente, desde cinco anos para o *Forest Resilience Bond* até quinze anos para o *Tropical Landscapes Finance Facility Sustainability Bond*. Esse aspecto é crucial, pois títulos de maior vencimento podem desincentivar investidores que buscam liquidez de curto prazo. No entanto, prazos mais longos também podem proporcionar estabilidade no financiamento de projetos ambientais que exigem tempo para apresentar resultados significativos, especialmente em intervenções como reflorestamento e restauração de habitats (Rode Et Al., 2019).

2.CENÁRIO DOS TÍTULOS SUSTENTÁVEIS NO BRASIL

A análise dos dados de emissão de títulos verdes na América Latina entre 2014 e 2023 revela um crescimento modesto em comparação com outras regiões globais. Em 2014, a América Latina emitiu apenas 0,2 bilhões de dólares em títulos, indicando um início tímido no mercado de títulos sustentáveis. No entanto, entre 2015 e 2020, houve um crescimento gradativo, com o valor emitido aumentando para 10,7 bilhões de dólares em 2020, o que representou o ponto mais alto durante o período analisado (CBI, 2023).

Tabela 2 - Emissão de títulos sustentáveis por região em bilhões de dólares

Região	2014 (\$bn)	2015 (\$bn)	2016 (\$bn)	2017 (\$bn)	2018 (\$bn)	2019 (\$bn)	2020 (\$bn)	2021 (\$bn)	2022 (\$bn)	2023 (\$bn)
África	0,4	0,5	0,3	0,3	0,8	1	1,4	0,9	0,5	2
Ásia-Pacífico	1,6	4,5	27,9	36,8	51,5	70	55,4	149,9	140,1	190,2
Europa	23,4	24,6	29,9	65,5	74	126,1	172,8	306,6	250,8	309,6
América Latina	0,2	1,1	1,7	4,2	2,7	7,3	10,7	10,7	5,8	4,9
América do Norte	7,4	12,8	20,9	49,9	39,7	64,6	62,5	107,9	82,8	64,5
Supranacional	4	2,9	4,6	3,3	4,2	5,4	2,6	17,9	29,6	16,5

Fonte: CBI (2023); Disponível em: <<https://www.climatebonds.net/market/data>>

Comparando as emissões de títulos verdes do Brasil com outros países da América Latina, o Brasil, com \$17,28bn, está bem à frente de seus vizinhos, mas atrás dos grandes emissores globais. No México, as emissões somam \$4,34bn, menos de um quarto das do Brasil. O Chile, com \$14,63bn, está próximo, mas ainda abaixo. O Peru emitiu apenas \$1,09bn, e a Colômbia, \$1,67bn, ambas bem distantes das emissões brasileiras. Esses números mostram que, no contexto latino-americano, o Brasil é um

líder em termos de emissão de títulos verdes, embora seu valor total ainda seja modesto quando comparado a grandes economias globais, como os Estados Unidos (\$454,38bn) e China (\$371,95bn).

Tabela 3 - Emissão de títulos sustentáveis por país na América Latina em bilhões de dólares

País	Emissões Totais (\$bn)
Brasil	17,28
Chile	14,63
México	4,34
Argentina	2,82
Colômbia	1,67
Peru	1,09
Costa Rica	0,53
Panamá	0,33
Equador	0,17
Uruguai	0,11

Fonte: CBI (2023); Disponível em: <<https://www.climatebonds.net/market/data>>

Tabela 4 - Comparação do Brasil com top 5 global em emissões de títulos sustentáveis em bilhões de dólares

Posição	País	Emissões Totais (\$bn)
1º	Estados Unidos	454.377.846.123
2º	China	371.945.555.257
3º	Alemanha	287.101.130.270
4º	França	228.699.853.443
5º	Reino Unido	101.355.827.579
25º	Brasil	17.282.089.675

Fonte: CBI (2023); Disponível em: <<https://www.climatebonds.net/market/data>>

Tendo em vista que os *Rhino Bonds* estão inseridos no contexto dos títulos

sustentáveis, ao analisarmos o mercado no Brasil, podemos observar um crescimento significativo, mas ainda enfrentando desafios para alcançar seu pleno potencial. Segundo Pantoja (2022), os títulos verdes emitidos no país somaram possuem como predominância os setores de energia renovável e silvicultura. A concentração dessas emissões em grandes empresas, como o BNDES e a Suzano, reflete a dificuldade de acesso ao mercado para pequenos projetos, principalmente devido aos altos custos de emissão e à falta de padrões específicos adaptados ao contexto brasileiro, o que gera insegurança entre os investidores.

Além disso, segundo Costa (2023), para que o mercado de títulos verdes no Brasil se desenvolva plenamente, é necessário superar desafios como a falta de padronização e a criação de um ambiente regulatório que favoreça a transparência e a confiabilidade dos projetos financiados. A ausência de uma taxonomia nacional bem definida para esses títulos gera insegurança jurídica e aumenta o risco de *greenwashing*.

O estudo de Marques e Rossi (2023) exemplifica claramente como o *greenwashing* pode se manifestar no contexto dos *green bonds*. Embora esses títulos sejam projetados para financiar projetos de energia limpa, como parques eólicos no estado da Bahia, Brasil, o impacto social adverso das iniciativas financiadas tem sido amplamente negligenciado. A disputa de terras e a marginalização de comunidades rurais, como quilombolas, são questões críticas que têm sido encobertas pelo apelo ambiental da produção de energia eólica. Isso reflete uma forma sutil de *greenwashing*, onde o foco nos benefícios ambientais acaba por mascarar impactos sociais negativos, resultando em um desenvolvimento que é "verde" apenas na aparência. Esse caso demonstra que, mesmo quando os títulos verdes são tecnicamente conformes com os padrões ambientais, eles podem contribuir para resultados socialmente prejudiciais, reforçando a necessidade de um olhar mais crítico sobre o verdadeiro impacto dos projetos financiados por *green bonds*.

Nesse cenário, como relatado pela Comissão de Valores Mobiliários (2023), o Ministério da Fazenda apresentou, em 2023, uma proposta de Plano de Ação para criar uma Taxonomia Sustentável Brasileira, que deve começar a ser obrigatória a partir de janeiro de 2026. Essa taxonomia funciona como uma espécie de guia, ajudando a identificar de forma clara e objetiva quais atividades, ativos ou projetos realmente contribuem para metas climáticas, ambientais ou sociais, usando critérios específicos. A

ideia é trazer mais clareza, confiança e facilidade na comparação de investimentos sustentáveis, além de servir como referência para rotular títulos financeiros ligados a questões ambientais e sociais (BRASIL, 2023b).

3.ARCABOUÇO BRASILEIRO PARA TÍTULOS SOBERANOS SUSTENTÁVEIS

Em 2022, o Brasil destacou-se no cenário regional ao emitir US\$ 7,2 bilhões em dívida sustentável privada, consolidando-se como líder em títulos verdes corporativos. Esses títulos foram direcionados ao financiamento de projetos climáticos e de preservação da biodiversidade (WORLD BANK, 2023). Em continuidade a esses esforços, no dia 5 de setembro de 2023, o governo federal lançou o Arcabouço de Títulos Soberanos Sustentáveis, um documento que estabelece as diretrizes que permitem ao Brasil emitir títulos verdes, sociais e de sustentabilidade, proporcionando uma base para a captação de recursos destinados ao financiamento de programas orçamentários com impactos positivos no meio ambiente e na sociedade. Ao analisarmos a data de lançamento do arcabouço que permite para o governo a criação de títulos de dívida sustentáveis, vemos que há um vão de quase 8 anos entre o primeiro *green bond* emitido no país, em 2015, e o lançamento do arcabouço pelo governo em 2023.

Os projetos financiados devem estar alinhados com categorias específicas, como energias renováveis, eficiência energética, transporte limpo, gestão sustentável de água, adaptação às mudanças climáticas, e preservação da biodiversidade, entre outros. Além disso, o documento traz mecanismos de governança e controle, destacando a importância da transparência e do monitoramento do uso dos recursos. A estrutura também requer que o impacto dos projetos seja regularmente avaliado e divulgado por meio de relatórios anuais, assegurando que os recursos captados de investidores sejam usados de forma eficiente e eficaz para atingir os objetivos estabelecidos (BRASIL, 2023a).

A emissão de Títulos Sustentáveis pela República Federativa do Brasil segue o princípio do uso dos recursos ("*use of proceeds*"), o qual determina que os recursos

líquidos obtidos por meio da emissão desses títulos devem ser direcionados exclusivamente para financiar despesas que proporcionem benefícios ambientais e/ou sociais. De acordo com o Arcabouço Brasileiro para Títulos Sustentáveis, a República pode emitir três tipos principais de títulos de dívida: (1) Títulos verdes: títulos de dívida cujos recursos são usados exclusivamente para financiar, total ou parcialmente, despesas de impacto ambiental positivo, como projetos de energia renovável, eficiência energética e preservação da biodiversidade. (2) Títulos sociais: títulos de dívida cujos recursos são usados exclusivamente para financiar, total ou parcialmente, despesas de impacto social positivo, tais como saúde pública, educação, e programas de inclusão social. (3) Títulos sustentáveis: combinam os aspectos dos títulos verdes e sociais, com os recursos sendo utilizados para financiar despesas com impactos ambientais e sociais positivos simultaneamente.

Os *Wildlife Conservation Bonds* (WCB) podem ser enquadrados no *Arcabouço Brasileiro para Títulos Sustentáveis* como um exemplo de título sustentável. Isso se dá por sua estrutura que alinha objetivos financeiros com metas ambientais específicas, no caso do WCB, focado na conservação da biodiversidade, como demonstrado no projeto para preservar o rinoceronte-negro na África do Sul. O arcabouço define que títulos sustentáveis (como o WCB) devem financiar despesas que tenham impactos positivos tanto ambientais quanto sociais. O WCB exemplifica essa abordagem, pois conecta diretamente o retorno financeiro dos investidores ao sucesso ambiental, no caso, o crescimento populacional de uma espécie criticamente ameaçada. Dentro do arcabouço brasileiro, projetos que visam à proteção da biodiversidade, como os WCB, seriam elegíveis para financiamento sob as diretrizes dos títulos verdes ou sustentáveis, especialmente na categoria que cobre preservação de espécies e ecossistemas. O arcabouço estabelece que os recursos podem ser direcionados para a "proteção, conservação, recuperação, restauração e gestão sustentável da biodiversidade de ecossistemas terrestres e marinhos", bem como para a "criação, operação e manutenção de Unidades de Conservação". O WCB, ao vincular o sucesso financeiro ao crescimento populacional de uma espécie, alinha-se diretamente com essas categorias, uma vez que promove a preservação da biodiversidade e a restauração de ecossistemas (BRASIL, 2023a).

4.DISSCUSSÕES

4.1. PREFERÊNCIA POR ESPÉCIES CARISMÁTICAS

Conforme relatado por Medina e Scales (2023), em estudo de caso sobre os *Rhino Bonds*, a necessidade de medir desempenho favorece espécies grandes e de fácil montagem, como megafauna carismática. Isso pode resultar em financiamento desproporcional e limitar a conservação de outras espécies, além de favorecer ações que possam prejudicar a biodiversidade. Além disso, o estudo de Gianguzzi et al. (2022) destaca que a conservação de plantas, por exemplo, recebe uma fração muito menor de financiamento em comparação com a fauna carismática. Isso demonstra uma clara discrepância nas prioridades de financiamento e limita o impacto em outros aspectos críticos da biodiversidade.

4.2. PARTICIPAÇÃO DAS COMUNIDADES LOCAIS

O *Rhino Bond*, embora crie novos fundos, baseia-se em práticas criticadas por não envolverem adequadamente as comunidades locais. A inclusão de medidas de geração de emprego é um avanço, mas o desequilíbrio de poder persiste (MEDINA & SCALES, 2024). Embora o *Rhino Bond* tenha sido projetado para criar novos fundos e ampliar as iniciativas de conservação, ele ainda enfrenta críticas por não envolver adequadamente as comunidades locais. Como descrito por Adhikari et al. (2005), a participação comunitária em projetos de conservação muitas vezes é limitada, o que perpetua o desequilíbrio de poder entre os atores locais e as organizações internacionais de conservação. Apesar de haver esforços para incluir medidas de geração de emprego, como observado no projeto do Parque Nacional de Chitwan, no Nepal, as comunidades locais ainda enfrentam desafios significativos para se beneficiar plenamente das iniciativas de conservação.

4.3 DESIGUALDADE GEOGRÁFICA

Apenas alguns locais e países, com capacidade financeira e biológica, serão capazes de atrair investimentos, resultando em uma distribuição desigual de fundos de conservação (Medina & Scales, 2023). Estudos complementares reforçam essa preocupação. Waldron et al. (2013) destacam que países com alta biodiversidade frequentemente recebem menos financiamento do que outros com menos necessidades de conservação, criando um desequilíbrio significativo na alocação de recursos para a conservação global (Waldron Et Al., 2013).

Além disso, Drechsler e Wätzold (2007) apontam que a incerteza financeira pode forçar a alocação ineficiente de fundos, prejudicando a conservação a longo prazo em locais onde o apoio financeiro é intermitente ou incerto. Esses estudos sugerem que o financiamento desproporcional e a concentração de recursos em regiões específicas perpetuam a exclusão de áreas ricas em biodiversidade, mas financeiramente menos favorecidas, prejudicando a conservação global.

4.4 GOVERNANÇA E LEGISLAÇÃO AMBIENTAL

A governança ambiental no Brasil também representa um entrave significativo para a efetividade dos *Rhino Bonds*. Apesar de o Código Florestal revisado trazer oportunidades para a restauração e conservação, a aplicação dessa legislação ainda é fraca. A fiscalização insuficiente, a corrupção, e a falta de recursos humanos e tecnológicos para garantir o cumprimento das normas ambientais limitam os benefícios que poderiam ser obtidos com a implementação plena da lei. Além disso, a insegurança jurídica decorrente da aplicação parcial da legislação pode gerar desconfiança entre os investidores, o que desestimula a alocação de recursos para a conservação (Brock Et Al., 2021).

4.5 CONFLITO ENTRE CONSERVAÇÃO E ATIVIDADES ECONÔMICAS LOCAIS

Um dos principais desafios enfrentados pelas iniciativas de conservação, como os *Rhino Bonds*, é o conflito com atividades econômicas locais, principalmente a agropecuária. O desmatamento e a conversão de terras para pastagens e plantações são algumas das maiores ameaças à biodiversidade no Brasil. As políticas de conservação que não levam em consideração as necessidades econômicas das comunidades locais muitas vezes são vistas como obstáculos ao desenvolvimento. A implementação de projetos de conservação sem incluir soluções econômicas para essas populações tende a gerar resistência, limitando o alcance e a aceitação de iniciativas como os *Wildlife Conservation Bonds* (Silveira, 2011).

4.6 CAÇA ILEGAL E TRÁFICO DE FAUNA

A caça ilegal e o tráfico de fauna silvestre são problemas críticos que afetam a implementação eficaz dos *Rhino Bonds* no Brasil. Esses crimes ambientais são impulsionados por fatores socioeconômicos, como a pobreza e a falta de alternativas econômicas nas regiões onde a biodiversidade é mais rica. Áreas próximas a reservas protegidas estão particularmente vulneráveis à captura e comércio de animais selvagens, enfraquecendo os esforços de conservação. A falta de fiscalização adequada e as penalidades insuficientes contribuem para a perpetuação desse problema, o que ameaça os objetivos de projetos de conservação que dependem de financiamento sustentável, como os *Wildlife Conservation Bonds* (Destro, Marco, Terribile, 2019).

4.7 RISCO DE GREENWASHING

O *greenwashing* é uma preocupação crescente em relação aos *Wildlife Conservation Bonds* e outras iniciativas de financiamento sustentável no Brasil. Esse fenômeno ocorre quando empresas ou governos exageram ou deturpam seus esforços de conservação e sustentabilidade para atrair investimentos, sem comprometer-se verdadeiramente com os resultados ambientais prometidos. O risco de *greenwashing* é particularmente alto em mercados emergentes, como o Brasil, devido à falta de padronização clara e mecanismos robustos de fiscalização que garantam a veracidade das práticas sustentáveis. A ausência de métricas ambientais auditáveis e a pouca

transparência no uso dos recursos captados podem comprometer a credibilidade de títulos como os *Rhino Bonds*. Sem regulamentações fortes e certificações externas confiáveis, há um risco real de que os investidores sejam levados a acreditar que estão financiando projetos de conservação efetivos, quando, na verdade, os fundos podem não estar resultando em benefícios ambientais concretos. Isso mina a confiança no mercado de títulos sustentáveis e pode afastar investidores genuinamente preocupados com os impactos ambientais, o que limita a eficácia de tais mecanismos financeiros (Yeow & Ng, 2021).

CONCLUSÃO

Este artigo examinou os desafios e oportunidades apresentados pela implementação de títulos de impacto ambiental, com foco específico nos *Wildlife Conservation Bonds* (WCBs), exemplificados pelo *Rhino Bond*. Como observado, embora os WCBs ofereçam uma nova via para o financiamento da conservação, sua complexidade financeira e a concentração de poder nas mãos de atores financeiros representam barreiras significativas. Ademais, a preferência por megafauna carismática e a desigualdade geográfica no acesso aos investimentos reforçam o risco de uma distribuição desproporcional dos fundos de conservação, limitando os benefícios a certas espécies e regiões.

Os desafios de implementação no Brasil, incluindo a falta de incentivos para investidores e a incerteza regulatória, destacam a necessidade de um ambiente político e financeiro mais robusto. O estudo também destacou a importância de envolver mais ativamente as comunidades locais nas iniciativas de conservação, para mitigar o risco de perpetuar o desequilíbrio de poder entre essas comunidades e os atores internacionais de conservação.

Para pesquisas futuras, recomenda-se explorar a aplicabilidade dos WCBs em diferentes biomas brasileiros, incluindo a Amazônia e o Cerrado, onde a biodiversidade está gravemente ameaçada. Além disso, é fundamental investigar novos modelos de financiamento que possam integrar de forma mais eficiente as necessidades econômicas locais com as metas de conservação. Estudos que examinem a eficácia a longo prazo desses títulos, especialmente em comparação com métodos tradicionais de conservação,

também são necessários. Finalmente, uma linha promissora de pesquisa seria a análise crítica do impacto social e ambiental dos projetos financiados por títulos sustentáveis, considerando não apenas a preservação da biodiversidade, mas também os impactos em comunidades locais e seus meios de subsistência.

REFERÊNCIAS

ADHIKARI, B. et al. Economic Incentives and Poaching of the One-Horned Indian Rhinoceros in Nepal Stakeholder Perspectives in Biodiversity Conservation: Analysis of Local, National and Global Stakes in Rhino Conservation in Royal Chitwan National Park, Nepal. *Environmental Economics*, 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.860244>.

BALBOA, C. *Accountability of Environmental Impact Bonds: The Future of Global Environmental Governance?*. *Global Environmental Politics*, v. 16, n. 2, p. 33-41, 2016. Disponível em: https://doi.org/10.1162/GLEP_a_00352.

BRAND, M. et al. Environmental Impact Bonds: a common framework and looking ahead. *Environmental Research: Infrastructure and Sustainability*, v. 1, n. 023001, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1088/2634-4505/ac0b2c>.

BRASIL. Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio). **Livro vermelho da fauna brasileira ameaçada de extinção**. Brasília, DF: ICMBio, 2018. v. 1. Disponível em: https://www.gov.br/icmbio/pt-br/centrais-de-onteudo/publicacoes/publicacoes-diversas/livro_vermelho_2018_vol1.pdf. Acesso em: 06 nov. 2024.

BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. *Arcabouço Brasileiro para Títulos Sustentáveis*. Brasília: 2023a. Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9::::9:P9_ID_PUBLICAÇÃO_ANEXO:21059. Acesso em: 07 out. 2024.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Confira a nova versão da Cartilha CVM Sustentável sobre relação entre investimentos e meio ambiente. Disponível em: <https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticias/2024/confira-a-nova-versao-da-cartilha-cvm-s-ustentavel-sobre-relacao-entre-investimentos-e-meio-ambiente>. Acesso em: 18 nov. 2024.

BROCK, R. et al. Implementing Brazil's Forest Code: a vital contribution to securing forests and conserving biodiversity. *Biodiversity and Conservation*, v. 30, p. 1621-1635, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s10531-021-02159-x>.

CBI – CLIMATE BONDS INITIATIVE. *Market data*. 2023. Disponível em: <https://www.climatebonds.net/market/data>. Acesso em: 07 out. 2024.

COSTA, C. *O financiamento do desenvolvimento sustentável: os títulos verdes (green bonds) como mecanismo de financiamento a projetos com impactos ambientais*. Radar: Ciência, Tecnologia e Inovação, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2023. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/radar/temasradar/ciencia-tecnologia-2/14811-o-financiamento-do-desenvolvimento-sustentavel-os-titulos-verdes-green-bonds-comomecanismo-de-financia-mento-a-projetos-com-impactos-ambientais>. Acesso em: 07 out. 2024.

DESTRO, G.; MARCO, P.; TERRIBILE, L. Comparing environmental and socioeconomic drivers of illegal capture of wild birds in Brazil. *Environmental Conservation*, v. 47, p. 46-51, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S0376892919000316>.

DRECHSLER, M.; WÄTZOLD, F. The optimal dynamic allocation of conservation funds under financial uncertainty. *Ecological Economics*, v. 61, p. 255-266, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/J.ECOLECON.2006.02.018>.

DUPONT, C.; LEVITT, J.; BILMES, L. *Green Bonds and Land Conservation: The Evolution of a New Financing Tool*. Cambridge, MA: Harvard Kennedy School, 2015. (Faculty Research Working Paper Series, RWP15-072). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2700311>. Acesso em: 7 out. 2024.

ELLWANGER, J. et al. Beyond diversity loss and climate change: Impacts of Amazon deforestation on infectious diseases and public health. *Anais da Academia Brasileira de Ciências*, v. 92, n. 1, p. e20191375, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0001-3765202020191375>.

GIANGUZZI, L. et al. All hands on deck: An innovative approach to sustained and sustainable conservation funding for endangered plants and ecosystems. *Conservation Science and Practice*, v. 4, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/csp2.12642>.

GREEN FINANCE INSTITUTE. *The Wildlife Conservation Bond – The Rhino Bond*. 2024. Disponível em: <https://hive.greenfinanceinstitute.com/gfihive/case-studies/the-wildlife-conservation-bond-the-rhino-bond/>. Acesso em: 07 out. 2024.

MARQUES, F; ROSSI, R. *Green Finance or Daltonic Finance? The Case of Eolic Energy in Bahia State in Brazil*. *International Journal of Social Ecology and Sustainable Development*, v. 14, n. 1, 2023. DOI: 10.4018/IJSESD.323658. Disponível em: <https://doi.org/10.4018/IJSESD.323658>.

MARIUZZO, P. Fauna brasileira: surpreendente, superlativa, em risco! *Ciência & Cultura*, v. 75, n. 4, p. 1-14, 2023. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5935/2317-6660.20230058>

- MEDINA, C; SCALES, I. *Finance and biodiversity conservation: insights from rhinoceros conservation and the first wildlife conservation bond*. *Oryx*, v. 58, n. 1, p. 90-99, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S0030605322001648>.
- PANTOJA, C. *Títulos verdes no Brasil: uma análise SWOT*. R. BNDES, Rio de Janeiro, v. 29, n. 58, p. 557-585, dez. 2022. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/23108>. Acesso em: 07 out. 2024.
- RODE, J. et al. Why ‘blended finance’ could help transitions to sustainable landscapes: Lessons from the Unlocking Forest Finance project. *Ecosystem Services*, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/J.ECOSER.2019.100917>.
- SCHOENMAKER, D; SCHRAMADE, W. *Principles of Sustainable Finance*. Oxford: Oxford University Press, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3282699>. Acesso em: 07 out. 2024.
- SILVA, J. et al. Extinction risk of narrowly distributed species of seed plants in Brazil due to habitat loss and climate change. *PeerJ*, v. 7, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.7717/peerj.7333>.
- SILVEIRA, R. Management of Wildlife in the Floodplain: A Critical Look at Threats, Bottlenecks, and the Future in Amazonia. In: *Amazonia*, p. 137-144, 2011. Disponível em: https://doi.org/10.1007/978-94-007-0146-5_10.
- THOMPSON, B. *Impact investing in biodiversity conservation with bonds: An analysis of financial and environmental risk*. *Business Strategy and the Environment*, v. 32, p. 353-368, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1002/bse.3135>.
- TROTTA, A. *Environmental impact bonds: review, challenges, and perspectives*. *Current Opinion in Environmental Sustainability*, v. 66, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.cosust.2023.101396>.
- WALDRON, A. et al. Targeting global conservation funding to limit immediate biodiversity declines. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, v. 110, p. 12144-12148, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1073/pnas.1221370110>.
- WORLD BANK. *Brazil sovereign sustainable bond: financing a greener, more inclusive, and equitable economy*. 2024. Disponível em: <https://www.worldbank.org/pt/news/feature/2024/02/08/brazil-sovereign-sustainable-bond-financing-a-greener-more-inclusive-and-equitable-economy>. Acesso em: 07 out. 2024.
- WORLD BANK. *Wildlife Conservation Bond boosts South Africa’s efforts to protect black rhinos and support local communities*. 2022. Disponível em: <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2022/03/23/wildlife-conservation-bond-boosts-south-africa-s-efforts-to-protect-black-rhinos-and-support-local-communities>. Acesso em: 07 out. 2024.

YEOW, K.; NG, S-N. The impact of green bonds on corporate environmental and financial performance. *Managerial Finance*, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1108/MF-09-2020-0481>.

ANEXO II

EVENTO SOBRE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL

A REFORMA DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: IMPACTOS E PREOCUPAÇÕES, SOBRETUDO EM RELAÇÃO À RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

Marcos Stefani

Promotor de Justiça e Professor. Doutor e Mestre em Direitos Difusos. Especialista em diversas áreas do direito. Autor de livros e artigos jurídicos

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar criticamente as propostas de alteração do Código Civil brasileiro, atualmente em discussão. As reflexões aqui apresentadas são fruto da experiência do autor como Professor e Promotor de Justiça e buscam contribuir para o debate acerca das implicações dessas mudanças no cenário jurídico nacional.

1 A NECESSIDADE DE UM DEBATE AMPLO E CUIDADOSO

A reforma do Código Civil, que propõe alterações em quase 1000 artigos, configura-se como uma verdadeira recodificação. Diante da magnitude dessas mudanças, é fundamental que o Ministério Público não apenas participe, mas integre ativamente essa discussão.

A comissão de juristas, encarregada da elaboração do anteprojeto de lei, já transformado em Projeto, foi constituída em 2023 e, sob grande pressão, acelerou os estudos para apresentar o anteprojeto. Isso gerou críticas contundentes por parte da doutrina, que não podem ser ignoradas neste momento.

A urgência com que o novo Código Civil está sendo elaborado tem causado

perplexidade no meio jurídico. Conforme apontado pela doutrinadora Vera Jacob de Fradera¹, reformas dessa magnitude, que afetam diretamente a vida de pessoas, famílias, contratos e empresas, deveriam seguir um ritmo mais cuidadoso e refletido. A citada doutrinadora, com o objetivo comparatista, observa que outras reformas importantes, como a dos códigos francês e alemão, foram conduzidas com profundidade e reflexão ao longo de anos, o que é fundamental no caso de elaboração de legislações complexas.

De fato, a recodificação substancial demanda uma análise criteriosa e participação ativa do Ministério Público (MP) no processo de discussão. Embora o MP tenha sido representado em algumas etapas, é crucial que toda a classe tenha acesso ao material, reflita sobre ele e se engaje amplamente no debate.

2 IMPLICAÇÕES SISTÊMICAS E RISCOS

A proposta de alteração, pela sua amplitude, exige uma acurada reflexão sobre as suas implicações sistêmicas, conforme alertou Gisela Sampaio da Cruz Guedes², que enfatizou a necessidade de considerar as implicações sistêmicas de cada modificação para evitar insegurança jurídica.

O ordenamento jurídico brasileiro caracteriza-se por sua complexidade, com uma vasta diversidade de fontes normativas, especialmente no campo do direito privado, onde os costumes, por exemplo, desempenham um papel significativo na resolução de controvérsias. As normas possuem diferentes hierarquias e origens variadas, incluindo fontes nacionais, internacionais, convencionais, de *soft law*, de *hard law*, bem como jurisprudenciais.

¹ FRADERA, Vera Jacob de. O projeto de novo Código Civil brasileiro ou a pressa é inimiga da perfeição. Migalhas Patrimoniais, Migalhas, 2 maio 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-patrimoniais/406456/projeto-de-codigo-civil-brasileiro-ou-a-pressa-e-inimiga-da-perfeicao>. Acesso em: 13 nov. 2024.

² GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. O perigo das implicações sistêmicas provocadas por reformas legislativas: o exemplo da proposta de reforma do art. 942 do Código Civil. Boletim IDiP-IEC, Canal Arbitragem, 30 jan. 2024. Disponível em: <https://canalarbitragem.com.br/ii-boletim-idip-iec/o-perigo/>. Acesso em: 13 nov. 2024.

Além disso, diversos ramos do direito serão afetados pelas mudanças, incluindo o Direito Penal. No próprio Direito Civil, a reforma abrange desde a Parte Geral até o Direito Sucessório. Em outras palavras, a regulação social se estende dos momentos anteriores à concepção até os efeitos decorrentes da morte, impactando tanto o ambiente tradicional quanto o digital. São propostas mudanças fundamentais em várias áreas nas quais cabe ao Ministério Público intervir. A título exemplificativo, podem-se mencionar os impactos sobre o instituto da responsabilidade civil ambiental.

A questão das capacidades jurídicas e o instituto da "decisão apoiada" exemplificam a necessidade de uma leitura sistêmica das normas. O conceito de vulnerabilidade revela-se mais útil, permitindo uma abordagem mais inclusiva das relações jurídicas.

Apesar de alguns avanços, a reforma chegou a tratar os animais como "coisas", o que é considerado inadequado por muitos, dada a sentiência dos animais e as relações profundas que muitas vezes estabelecemos com eles. Pode-se citar um exemplo relevante: uma Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público de Santa Catarina, que defendeu a Lagoa da Conceição como sujeito de direitos ecológicos. Esse tipo de discussão reflete a necessidade de evoluirmos na maneira como vemos os direitos dos animais e o meio ambiente. Não podemos, de forma alguma, tolher a possibilidade de evolução doutrinária e jurisprudencial nesse campo. Essa ação, inclusive, gerou reflexos internacionais e é um precedente importante na proteção de seres não humanos.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

A proposta de reforma sugere mudanças significativas no instituto da responsabilidade civil ambiental, como a remoção da palavra "indenizar" e a possibilidade de afastar a responsabilidade em caso de fato exclusivo de terceiro. Essas alterações são consideradas potencialmente inconstitucionais e podem comprometer princípios fundamentais da responsabilidade ambiental, como a responsabilidade objetiva e o risco integral. Importante analisar este tópico com mais detalhes.

A responsabilidade civil ambiental, tal como consagrada na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), segue a teoria do risco integral, que é um dos pilares da proteção ambiental no Brasil. Essa teoria estabelece que o poluidor é responsável pela reparação dos danos ambientais independentemente de culpa. Ou seja, não importa se o dano foi causado por negligência, imprudência ou mesmo por força maior – o simples fato de exercer uma atividade que cause danos ao meio ambiente coloca o poluidor em uma posição de garantidor, impondo-lhe o dever de reparar os danos.

A reforma proposta, no entanto, traz preocupantes modificações ao introduzir o conceito de afastamento da responsabilidade em caso de fato exclusivo de terceiro. Esse ponto é extremamente delicado, pois, ao permitir que o poluidor alegue que um terceiro foi o responsável exclusivo pelo dano, abre-se um perigoso precedente para a diluição da responsabilidade ambiental, comprometendo a efetividade da reparação dos danos causados ao meio ambiente.

Essa alteração tem o potencial de dismantlar conceitos clássicos de responsabilidade ambiental, particularmente o princípio da responsabilidade objetiva, que é o cerne da teoria do risco integral. Conforme o entendimento atual, conforme expresso no artigo 14, §1º, da Lei 6.938/81, o poluidor responde pelos danos de maneira objetiva, ou seja, independentemente de dolo ou culpa. A simples prática da atividade econômica que resulta em degradação ambiental já gera o dever de reparar, e isso inclui não apenas os danos ao meio ambiente em si, mas também os danos a terceiros afetados pela atividade.

A introdução da possibilidade de exclusão da responsabilidade com base em fato de terceiro enfraquece essa concepção. A doutrina e a jurisprudência brasileiras há muito consolidaram a posição de que o poluidor não pode se eximir de sua responsabilidade ambiental ao alegar força maior ou a intervenção de terceiros, justamente porque o risco integral atribui ao poluidor o papel de garantidor. Ele deve prevenir o dano ambiental ou, no mínimo, mitigá-lo, independentemente das circunstâncias externas.

Aqui, é importante destacar o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido da aplicabilidade da teoria do risco integral aos danos ambientais. O STJ afirmou que o poluidor sempre será considerado responsável pelos danos vinculados à atividade que explora, e que não cabe questionar a exclusão da

responsabilidade com base no rompimento do nexo causal por fato de terceiro ou força maior. Esse precedente é essencial para a manutenção de uma proteção ambiental robusta e eficiente, algo que pode ser gravemente comprometido com as alterações propostas no Código Civil.

A alteração legislativa, ao introduzir a excludente de responsabilidade, não só enfraquece o princípio da responsabilidade objetiva, como também pode abrir uma brecha para que as empresas e outros poluidores recorram sistematicamente à alegação de fato de terceiro para se eximirem de suas responsabilidades. Isso certamente aumentará a litigiosidade ambiental, pois disputas acerca da origem dos danos e da imputação de responsabilidade se tornarão mais frequentes, ampliando o volume de ações judiciais e, possivelmente, retardando a reparação ambiental.

Outro ponto que merece crítica e atenção é a previsão de que a responsabilidade ambiental será solidária entre todas as pessoas que, de forma direta ou indireta, contribuíram para o dano. Embora o caráter solidário seja um avanço ao responsabilizar todos os envolvidos, a possibilidade de afastar essa responsabilidade em casos de fato de terceiro, conforme previsto no §1º do artigo 952-A do projeto de reforma, cria uma contradição interna. A solidariedade perde força se, em determinados casos, as partes envolvidas puderem alegar que a responsabilidade cabe exclusivamente a um terceiro, o que enfraquece o objetivo de reparação integral dos danos ambientais.

Essa mudança traz sérias consequências sistêmicas. O direito ambiental brasileiro está fortemente ancorado no princípio da precaução e na imposição de medidas rigorosas para a prevenção e a reparação de danos ao meio ambiente. Ao flexibilizar a responsabilidade objetiva e permitir o afastamento dessa responsabilidade em determinadas situações, a reforma compromete a função protetiva do direito ambiental, criando mais obstáculos para a reparação efetiva.

Ainda no campo da responsabilidade civil ambiental, a alteração do Código Civil também inclui uma previsão para que, ao fixar o valor da indenização, seja levada em conta a existência de classificação de risco da atividade pelo poder público ou por uma agência reguladora. Esse ponto pode parecer, à primeira vista, uma evolução no sentido de maior precisão e critério técnico. No entanto, ele pode também ser interpretado como uma tentativa de relativizar o dever de reparar integralmente, especialmente em atividades

que não possuem uma classificação formal de risco, mas que, na prática, resultam em danos ambientais significativos.

Em questões ambientais, a prevenção deve ser a palavra de ordem. Não podemos permitir que atividades econômicas sejam beneficiadas pela ausência de uma classificação formal de risco, o que poderia resultar em um licenciamento tardio ou corretivo, permitindo que o dano ocorra para só depois ser tratado. O direito ambiental, ao contrário, deve primar pela prevenção, evitando que o dano se materialize. Nesse sentido, a reforma precisa ser cautelosa para não enfraquecer a função de proteção do meio ambiente.

Enfim, a reforma proposta do Código Civil traz impactos profundos e potencialmente negativos para a responsabilidade civil ambiental. Ao introduzir a exclusão da responsabilidade por fato de terceiro e ao relativizar o dever de reparação integral, a reforma compromete a solidez de conceitos clássicos e bem estabelecidos no direito ambiental brasileiro, como o princípio da responsabilidade objetiva e o risco integral. Esses princípios são fundamentais para a proteção ambiental e, sem eles, corremos o risco de comprometer a eficácia das ações de preservação e reparação de danos ambientais no país.

Não podemos retroceder em áreas tão sensíveis e fundamentais como a proteção ambiental.

3.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL E A LEI DE POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE

Não vemos justificativa plausível para a regulamentação da responsabilidade civil ambiental no âmbito do Código Civil, considerando que a responsabilidade civil extracontratual, no campo da proteção do ambiente ecologicamente equilibrado, foi e continua sendo muito bem disciplinada pela revolucionária Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81), que, logo ao ingressar no ordenamento jurídico brasileiro, trouxe importantes e fundamentais alterações em relação do direito privado.

Para exemplificar:

- a) Passou a tutelar direitos transindividuais, com a legitimação do MP para a propositura de ação reparatória, independentemente da sua atuação no âmbito penal;
- b) Deixou de estar ligada, apenas, à obrigação de “reparar o dano sofrido por alguém”;
- c) Permitiu que o instituto assumisse novas funções (além da reparatória), como, por exemplo, a função inibitória ou até mesmo punitiva;
- d) Deu à responsabilidade civil evidente função preventiva;
- e) Consignou que a responsabilização do degradador tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental, de tal forma que as ações reparatórias deixam de estar ligadas à busca de uma indenização, vinculando-se, precipuamente, à *reparação* e, sobretudo, à *recuperação* e à *restauração* do meio ambiente afetado;
- f) Colocou em xeque, definitivamente, a perspectiva biocêntrica da teoria geral do direito, pois o dano a ser reparado não precisa atingir, diretamente, “alguém”;
- g) Tornou a responsabilidade civil ambiental objetiva e permitiu que o STJ reconhecesse que é fundada na teoria do risco integral;
- h) Legitimou o Poder Judiciário a impor o cumprimento de obrigações de fazer e de não fazer em espécie, pois determinou que se faça cessar qualquer conduta (ação ou omissão) que possa afetar o macrobem ou o microbem ambiental, mediante a imposição de obrigações de conduta.

Não há como não mencionar o relevante estudo Álvaro Luiz Valery Mirra³ sobre um dos avanços da LPNMA:

(...) no direito brasileiro, reconheceu-se que a responsabilidade civil, na esfera ambiental, pode ter como efeito principal e autônomo não só a reparação propriamente dita do dano como também a cessação da atividade que se encontra na origem do dano, pela via da denominada supressão do fato danoso ao meio ambiente.

Efetivamente, quando o constituinte, no art. 225, § 3.º, da CF/88, e o legislador

³ *Responsabilidade civil pelo dano ambiental e o princípio da reparação integral do dano*. Revista de Direito Ambiental, v. 32/2003, p. 68-82.

infraconstitucional, no art. 4.º, VI e VII, e no art. 14, caput, e § 1.º, da Lei 6.938/81, se referem, indiscriminadamente, à reparação, à restauração, à recuperação e à correção de lesões ao meio ambiente, eles o fazem, sem dúvida, com o fim de abranger providências tendentes à reparação de danos em sentido estrito e, também, à eliminação da fonte do dano ambiental, por intermédio de medidas que atuam sobre a atividade causadora da degradação. Tais aspectos ficam ainda mais evidentes pelo exame das normas dos arts. 3.º e 11 da Lei 7.347/85, as quais previram, no âmbito da tutela processual, que a ação civil pública ambiental pode ter por objeto o cumprimento de obrigações de fazer e não fazer destinadas, diz expressamente a lei, à ‘cessação da atividade nociva’ ao meio ambiente.

Assim, no ordenamento jurídico nacional, a responsabilidade civil ambiental está fundada no simples risco da atividade lesiva ao meio ambiente, independentemente da culpa do agente causador do dano, e tem, como efeitos principais e autônomos, a reparação propriamente dita do dano ao ambiente e a supressão da atividade ou omissão lesiva à qualidade ambiental.

Uma reflexão mais acurada sobre o tema pode apontar outros avanços. Porém, os pontos destacados já são suficientes para demonstrar o quão importante é a regulamentação da responsabilidade civil ambiental propiciada pela “legislação especial” que, como se sabe, não se esgota na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente. Só para ilustrar, de passagem, pode ser lembrada a Lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação e a Legislação Florestal.

3.2 CRÍTICAS ÀS ALTERAÇÕES PROPOSTAS

Para uma análise crítica das propostas de alteração na regulamentação da responsabilidade civil ambiental, cabe reproduzir dois dispositivos legais. Em primeiro lugar, o art. 14, § 1º, da LPNMA (Lei 6.938/81). Em seguida, os Arts. 927, 927-B e 952-A, constantes do Projeto:

Art. 14, § 1º, 1ª parte. Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.

Art. 927. Aquele que causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá dever de reparar o dano daquele: I - cujo ato ilícito o tenha causado, nos termos do parágrafo único do art. 186 deste Código; II - que desenvolve atividade de risco especial; III - responsável indireto por ato de terceiro a ele vinculado, por fato de animal, coisa ou tecnologia a ele subordinado.

Art. 927-B, § 2º Para a responsabilização objetiva do causador do dano, bem como para a ponderação e a fixação do valor da indenização deve também ser levada em conta a existência ou não de classificação do risco da atividade pelo

poder público ou por agência reguladora, podendo ela ser aplicada tanto a atividades

desempenhadas em ambiente físico quanto digital.

Art. 952-A. As pessoas naturais ou jurídicas, de Direito Público ou Direito Privado, terão a obrigação de reparar integralmente os danos causados ao meio ambiente, por sua atividade, independentemente da existência de culpa.

§ 1º A responsabilidade prevista neste artigo pode ser afastada em caso de fato exclusivo de terceiro.

§ 2º A responsabilidade prevista no caput deste artigo tem caráter solidário, devendo ser atribuída a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para o evento danoso.

Com base nos dispositivos legais citados podemos constatar que o Art. 14, § 1º, 1ª parte, tutela, de maneira superior o meio ambiente ecologicamente equilibrado uma vez que:

- a) Determina a possibilidade de indenização e reparação, o que autoriza a cumulação;
- b) Enfatiza a independência entre as diversas esferas de responsabilidade: civil, penal e administrativa;
- c) O poluidor é obrigado a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente **e a terceiros**, afetados por sua atividade, enquanto a redação proposta exclui a referência aos “terceiros”, ou seja, ao dano ambiental reflexo;
- d) O Projeto traz ao Código Civil, de forma genérica, a obrigação de reparar o dano daquele que desenvolve atividade de “risco especial”, o que pode limitar a teoria do risco integral;
- e) O Projeto introduz excludente de responsabilidade inaceitável no âmbito penal, decorrente da possibilidade de afastar a responsabilidade em caso de fato exclusivo de terceiro;
- f) O Projeto enfraquece a teoria do risco integral ao introduzir o conceito de afastamento da responsabilidade em caso de fato exclusivo de terceiro;
- g) O enfraquecimento também decorre do fato de só punir aqueles que “contribuíram para o evento danoso”, enquanto a LPNMA vincula o responsável às obrigações ambientais;
- h) O Projeto, no mínimo, irá gerar uma série de litigiosidades, ampliando o objeto das ações civis públicas e ambientais de maneira desnecessária. Ao longo dos últimos anos, desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002, enfrentamos dificuldades hermenêuticas que impulsionaram o desenvolvimento da teoria do diálogo das fontes. Esse diálogo entre normas gerais e especiais é essencial, mas

ele precisa ser conduzido com a devida valoração das fontes normativas, evitando a litigiosidade exacerbada. Um exemplo concreto: uma alteração na legislação florestal gerou uma série de litígios, incluindo ações rescisórias e revisionais, envolvendo o Ministério Público de São Paulo. Imaginem o impacto de uma reforma que altera quase 1000 artigos;

- i) Ao flexibilizar a responsabilidade objetiva, a reforma compromete a função protetiva do direito ambiental, criando mais obstáculos para a reparação efetiva;
- j) O conceito de poluidor da LPNMA é muito superior ao do Projeto;
- k) O Projeto pretende determinar que, no valor da indenização, também seja levada em conta a existência ou não de classificação do risco da atividade pelo poder público ou por agência reguladora, o que pode comprometer o princípio da reparação integral do dano ambiental;
- l) O Projeto contém contradição com a jurisprudência sedimentada nos Tribunais Superiores. Por exemplo, com o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito da teoria do fato consumado (Súmula 613 do STJ) e da natureza *propter rem* das obrigações ambientais.

Oportuno lembrar que há entendimento vinculante do Superior Tribunal de Justiça, consolidado no Tema Repetitivo 1204, expressamente formalizado na Súmula 623 do STJ, a qual determina que “as obrigações ambientais possuem natureza *propter rem*, sendo possível exigi-las, à escolha do credor, do proprietário ou possuidor atual, de qualquer dos anteriores, ou de ambos.”

Esse entendimento foi fixado no julgamento do Recurso Especial 1.953.359/SP, que firmou a tese jurídica de que a responsabilidade por obrigações ambientais pode ser cobrada solidariamente tanto do atual quanto dos anteriores titulares de direito sobre o bem, consolidando a natureza solidária e real das obrigações ambientais.

Cabe citar o posicionamento do STJ sobre a questão:

Os danos ambientais são regidos pela teoria do risco integral, colocando-se aquele que explora a atividade econômica na posição de garantidor da preservação ambiental, sendo sempre considerado responsável pelos danos vinculados à atividade, descabendo questionar sobre a exclusão da responsabilidade pelo suposto rompimento do nexo causal (fato exclusivo de

terceiro ou força maior). Precedentes. (STJ, Informativo 671, REsp 1.612.887/PR).

Adicionalmente, cabe lembrar da tese fixada no Tema Repetitivo 1010 do STJ, que reforça a necessidade de observância da legislação ambiental no contexto urbano consolidado, ao estabelecer que, “na vigência do novo Código Florestal (Lei n. 12.651/2012), a extensão não edificável nas Áreas de Preservação Permanente de qualquer curso d'água, perene ou intermitente, em trechos caracterizados como área urbana consolidada, deve respeitar o que disciplinado pelo seu art. 4º, caput, inciso I, alíneas a, b, c, d e e, a fim de assegurar a mais ampla garantia ambiental a esses espaços territoriais especialmente protegidos e, por conseguinte, à coletividade”.

Assim, no atual momento do direito brasileiro, decisões judiciais que deixem de observar esses entendimentos, como os consolidados nos Temas Repetitivos 1204, 1010 e na Súmula 623 do STJ, incorrem em violação direta ao Código de Processo Civil, tendo em vista o efeito vinculante das teses aí consolidadas.

Enfim, por esses poucos artigos citados, constantes do Projeto, que serão inseridos ao Código ou terão sua redação alterada, vislumbra-se um impacto extremamente significativo no instituto da responsabilidade civil ambiental.

Vislumbramos até possíveis inconstitucionalidades no Projeto, pois a responsabilidade civil ambiental é fundada no art. 225 da Constituição Federal, de tal forma que muitas das alterações propostas não se conforma ao texto da Lei Maior.

Uma possível solução para que não ocorra o enfraquecimento, caso aprovado o Projeto, será a aplicação da teoria do diálogo das fontes, conforme defendida por Claudia Lima Marques⁴, que será essencial para assegurar uma coerência normativa em um cenário de múltiplas fontes normativas que coexistem e devem ser aplicadas de maneira simultânea e harmônica e mais protetiva possível ao direito transindividual a ser tutelado.

⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes no Direito do Consumidor Brasileiro. GEN Jurídico, 25 jun. 2018. Disponível em: <https://genjuridico.com.br/2018/06/25/aplicacao-teoria-dialogo-fontes-direito-consumidor-brasileiro/>. Acesso em: 13 nov. 2024.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É essencial que o Ministério Público e toda a comunidade jurídica se posicionem de forma ativa e vigilante diante dessas mudanças propostas, garantindo que a legislação ambiental continue a ser um instrumento eficaz de proteção ao meio ambiente e de responsabilização dos agentes que, direta ou indiretamente, causam danos.

A reforma proposta do Código Civil brasileiro é um processo que requer cautela, reflexão aprofundada e ampla participação do Ministério Público e da comunidade jurídica como um todo.

As alterações sugeridas têm o potencial de impactar significativamente diversos aspectos da vida civil e do sistema jurídico brasileiro, desde questões de capacidade jurídica até a responsabilidade ambiental.

É fundamental que esse processo seja conduzido de forma cuidadosa, considerando as implicações sistêmicas e evitando retrocessos em áreas sensíveis e fundamentais do direito civil e ambiental.

A reforma proposta do Código Civil traz impactos profundos e potencialmente negativos para a responsabilidade civil ambiental. Ao introduzir a exclusão da responsabilidade por fato de terceiro e ao relativizar o dever de reparação integral, a reforma compromete a solidez de conceitos clássicos e bem estabelecidos no direito ambiental brasileiro.

Referências

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. **Responsabilidade civil pelo dano ambiental**. Revista de Direito Ambiental, v. 9/1998, p. 5-52.

DESTEFENNI (STEFANI), Marcos. **A responsabilidade civil ambiental e as formas de reparação do dano ambiental: aspectos teóricos e práticos**. Campinas: Bookseller, 2005.

DÍAZ, Julio Alberto. **Responsabilidade coletiva**, Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de; MILARÉ, Édís; NERY JÚNIOR, Nelson. **A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos**, São Paulo: Saraiva,

1984.

FRADERA, Vera Jacob de. **O projeto de novo Código Civil brasileiro ou a pressa é inimiga da perfeição.** Migalhas Patrimoniais, Migalhas, 2 maio 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-patrimoniais/406456/projeto-de-codigo-civil-brasileiro-ou-a-pressa-e-inimiga-da-perfeicao>. Acesso em: 13 nov. 2024.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **O perigo das implicações sistêmicas provocadas por reformas legislativas: o exemplo da proposta de reforma do art. 942 do Código Civil.** Boletim IDiP-IEC, Canal Arbitragem, 30 jan. 2024. Disponível em: <https://canalarbitragem.com.br/ii-boletim-idip-iec/o-perigo/>. Acesso em: 13 nov. 2024.

LOUBET, Luciano Furtado. **Delineamento do dano ambiental: o mito do dano por ato ilícito.** Revista de Direito Ambiental, v. 40/2005, p. 124-147.

MENEGHIN, Guilherme de Sá. **A Responsabilidade Civil Pela Sobreposição De Danos Ambientais.** Revista de Direito Ambiental, v. 100/2020, p. 419-434.

MARQUES, Cláudia Lima. **Aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes no Direito do Consumidor Brasileiro.** GEN Jurídico, 25 jun. 2018. Disponível em: <https://genjuridico.com.br/2018/06/25/aplicacao-teoria-dialogo-fontes-direito-consumidor-brasileiro/>. Acesso em: 13 nov. 2024.

MILARÉ, Édis; FERRAZ, Antonio Augusto Mello de; NERY JÚNIOR, Nelson. **A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos,** São Paulo: Saraiva, 1984.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente.** 12^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MILARÉ, Édis. **A ação civil pública na nova ordem constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1990.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Responsabilidade civil pelo dano ambiental e o princípio da reparação integral do dano.** Revista de Direito Ambiental, v. 32/2003, p. 68-82.

NERY JUNIOR, Nelson. **Responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública,** RePro, v. 38/1985, p. 129-145.

NERY JUNIOR, Nelson; MILARÉ, Édis; FERRAZ, Antonio Augusto Mello de. **A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos,** São Paulo: Saraiva, 1984.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil,** Rio de Janeiro: Forense, 1993.

PEREIRA, Luciana Vianna. **Sucessão de responsabilidade ambiental,** Revista de Direito Ambiental, v. 62/2011, p. 57-114.

RASLAN, Alexandre Lima. **Meio ambiente e saúde humana: licenciamento ambiental e responsabilidade civil ambiental**. Revista de Direito Privado, v. 36/2008, p. 9-32.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**, 2ª ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962, v. 5.

SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa e socialização do risco**, Belo Horizonte: Bernardo Álvares S.A., 1962.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil pela prática de atos lícitos**. Revista dos Tribunais, v. 731/1996, p. 86-88.

A CAPACIDADE CIVIL E A VONTADE NA REFORMA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Oswaldo Peregrina Rodrigues

Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP Professor
Universitário na PUC/SP. Graduação e Pós-Graduação "Stricto
sensu" Promotor de Justiça no Estado de São Paulo Jun./1988
a Ago./2019 –Advogado, Consultor Jurídico e Parecerista em
São Paulo. oswaldo@opr.adv.br

RESUMO

Este artigo explora as implicações e desafios do então Anteprojeto de Reforma do Código Civil brasileiro de 2002, agora, Projeto de Lei n. 04/2025, em trâmite pelo Senado Federal, com ênfase nos temas da capacidade civil e da manifestação de vontade da pessoa natural, para existência, validade e posterior eficácia do ato jurídico em sentido amplo, com atenção à pessoa com deficiência. Para tanto, são abordados o impacto da Lei Brasileira de Inclusão – Estatuto da Pessoa com Deficiência (LF n. 13.146/2015) sobre a redação original do Código Civil vigente e as propostas de alterações contidas nesse Projeto. Por fim, o artigo discute a necessidade de ajustes no Código para atender às exigências de proteção e inclusão previstas na Convenção de Nova Iorque, como garantia e efetivo exercício da cidadania e dignidade da pessoa humana, princípios constitucionais básicos e fundamentais.

Palavras-chave: Código Civil, Reforma, Pessoa Natural, Capacidade Civil, Manifestação da Vontade.

1. INTRODUÇÃO

A transformação do instituto da capacidade civil no sistema jurídico brasileiro tem como foco a proteção, autonomia e liberdade da pessoa natural no exercício de seus direitos, interesses e deveres jurídicos.

O Código Civil de 1916 [Lei Federal n. 3.071/1916 – CC/1916] instituía um modelo com critérios rígidos de incapacidade absoluta e relativa, donde se pode considerar com uma visão que considerava a capacidade como uma exceção à regra da incapacidade. Esse paradigma, porém, foi gradualmente transformado ao longo do século XX e início do XXI, em especial com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 [Lei Federal n. 10.406/2002 – CC/2002], que ampliou o escopo de proteção das pessoas

consideradas incapazes e reconfigurou a tutela de seus interesses.

A promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência [Lei Federal n. 13.146/2015 – EPD] introduziu, no entanto, um novo marco na legislação civil brasileira. Com o objetivo de alinhar o ordenamento jurídico nacional às diretrizes da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o Estatuto promoveu profundas alterações nos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002, estabelecendo novas tipificações para incapacidade absoluta e relativa, com ênfase na autonomia da vontade, liberdade e dignidade da pessoa humana.

Este texto visa analisar essa transformação na capacidade e incapacidade civil da pessoa natural, desde o Código de 1916 até o anteprojeto de reforma do Código Civil de 2002, agora, Projeto de Lei n. 04/2025 [PL 04/2025], em trâmite pelo Senado Federal, de autoria do Senador Rodrigo Pacheco, apresentado em 31.01.2025, destacando os desafios e as implicações dessas mudanças para o exercício da cidadania.

Em sequência, apreciar-se-á a manifestação da vontade da pessoa natural como pressuposto básico e fundamental à existência de seus direitos, interesses e deveres jurídicos, cuja liberdade é-lhe essencial para a validade e eficácia do ato jurídico em sentido amplo; umbilicalmente, a vontade e a capacidade civil estão vinculadas.

Ainda que em rápidas pinceladas, serão exploradas as regras e delimitações contidas nas variadas disposições postas aos artigos 3º e 4º do Código Civil, em 2002 e 2015 – relativos aos artigos 5º e 6º do de 1916 –, com menção a reflexos da inclusão de novos instrumentos de proteção, como a tomada de decisão apoiada e a curatela assistida.

Dessa forma, busca-se oferecer uma visão crítica e abrangente acerca dos avanços e limitações da legislação brasileira no contexto da capacidade civil e da inclusão social, para o efetivo e concreto exercício da cidadania pela pessoa humana, tendo a manifestação da vontade dessa pessoa como marco da existência de sua pretensão legal.

2. PERSONALIDADE CIVIL

A Constituição da República de 1988 inaugura os Princípios Fundamentais

garantindo à pessoa natural a cidadania e sua dignidade para a titularidade e exercício de seus direitos, interesses e deveres jurídicos.

O Código Civil de 2002, para cumprir e garantir essas titularidades e exercícios, determina que “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” (art. 1º), e completa: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (art. 2º).

Em situações análogas às disposições do Código de 1916, cujo artigo 2º ditava que “Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil” – lembrar que o termo “homem” incorporava o significado de “ser humano”, não só a pessoa do sexo masculino –, e seu artigo 4º com igual mensagem contida no atual artigo 2º, acima transcrito, tirante a menção da “[...] personalidade civil do homem começa [...]”, donde a mesma ressalva de linhas acima.

O Projeto de Lei n. 04/2025 mantém íntegra a redação do artigo 1º, transformando-o em *caput*, uma vez que, acrescenta-lhe um parágrafo, com esta redação: “Parágrafo único. Nos termos dos tratados internacionais dos quais o País é signatário, reconhece-se personalidade internacional a todas as pessoas naturais em território nacional, garantindo-lhes direitos, deveres e liberdades fundamentais”.

Dois pontos merecem menção: primeiro, o nascimento com vida permanece o marco legal ao início da personalidade jurídica da pessoa humana – Teoria Natalista –, independente de sua concepção – conquanto assegurados os direitos ao nascituro [que é o ser concebido, mas ainda não nascido com vida] – ou de provável sobrevivência; destarte, ao nascer com vida esse ser humano adquire personalidade civil, que lhe garante a possibilidade jurídica a ser titular de direitos e assumir deveres jurídicos.

Outro ponto é a inovação posta no Parágrafo único do artigo 1º, cuja Justificação apresentada pelo Senador é que se buscou “[...] trazer maior protagonismo às pessoas naturais no âmbito de tratados internacionais em que o Brasil figura como signatário por meio da alteração dos arts. 1º e 11”¹. Em igual sentido a Justificação posta pela Comissão de Juristas em seu Relatório Final² apresentado ao então Presidente do Senado Federal,

¹ PACHECO, Senador Rodrigo. Senado Federal. Projeto de Lei n. 4, de 2025, p. 241.

² SALOMÃO, Ministro Luis Felipe. Comissão de Juristas. Ato da Presidência do Senado Federal n. 11/2023. Relatório Final, p. 276.

em abril de 2024.

Relembrando o ditado pelo artigo 3º do CC/1916: “A lei não distingue entre nacionais e estrangeiros quanto à aquisição e ao gozo dos direitos civis”; e a vigente Constituição da República: “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: [...]” (art. 5º, *caput*).

No corpo do texto projetado o artigo 2º não está incluso para eventual alteração, todavia, tanto no Relatório Final, como no Projeto de Lei, em suas Justificações, está anotado: “Na linha de se observarem as principais correntes dominantes no direito civil pátrio, manteve-se a proteção ao nascituro, com uma breve alteração no artigo 2º, de ordem redacional.”³

Em pesquisa ao texto comparativo, verifica-se que esta é a Redação da Relatoria-Geral: “A personalidade civil do ser humano começa do nascimento com vida e termina com a morte encefálica; a lei põe a salvo, desde a concepção, para os fins deste Código, os direitos do nascituro.”⁴.

Esses os aspectos gerais relacionados à personalidade civil da pessoa natural no sistema jurídico brasileiro: revogado, positivado e projetado.

3. CAPACIDADE CIVIL

O primeiro tema central deste estudo é a averiguação do estado atual do sistema da capacidade civil da pessoa natural no direito positivo brasileiro, com sobrevoos às disposições revogadas, e foco no Projeto de Lei 04/2025; ao depois, adentrar-se-á ao tópico da vontade, como disposição fundante à existência do ato jurídico em sentido amplo praticado pela pessoa humana.

Com relação à plena capacidade civil da pessoa natural, o Código Civil vigente

³ PACHECO, Senador Rodrigo. Senado Federal. Projeto de Lei n. 4, de 2025, p. 241.

⁴ Comparativo CCB, p. 2.

determina que “A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.” (art. 5º, *caput*), possibilitando a emancipação em variadas casuístas nos incisos de seu Parágrafo único, seja pela vontade paterno-materna, no exercício do poder familiar, pelo casamento, até ao estabelecimento civil ou comercial, sendo certo que, o primeiro e último caso têm como requisito objetivo ter a pessoa a ser emancipada 16 anos completos.

O Código de 1916, em seu artigo 9º, *caput*, concedia a plena capacidade aos 21 anos completos, e seus parágrafos continham faculdades jurídicas à emancipação, que, pela vontade paterna – sob a égide do pátrio poder – e por alistamento militar, o requisito objetivo: 18 anos de idade.

Esta a redação no PL 04/2025, incluindo um artigo 5º-A:

Art. 5º A incapacidade em razão da idade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática pessoal de todos os atos da vida civil. Parágrafo único. Também cessará a incapacidade, para as pessoas entre 16 (dezesseis) e 18 (dezoito) anos completos:

I - pela concessão de emancipação pelos que tenham a autoridade parental, por instrumento público, independentemente de homologação judicial;

II - por sentença do juiz, ouvido o tutor ou guardião, se o adolescente tiver 16 (dezesseis) anos completos;

III – pelo casamento ou constituição de união estável registrada na forma do inciso III do art. 9º deste Código, desde que com a autorização dos representantes;

IV - pelo exercício de emprego público efetivo;

V - pela colação de grau em curso de ensino superior;

VI - pelo estabelecimento civil ou empresarial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o adolescente tenha economia própria.

Art. 5º-A. A emancipação por concessão dos pais ou por sentença do juiz está sujeita à desconstituição pelas mesmas causas que invalidam os negócios jurídicos em geral.

Mantida a plena capacidade civil aos 18 anos de idade, todas as causas de emancipação terão como requisito objetivo o limite etário de 16 anos; enquanto isso, o artigo 5º-A reforça a possibilidade jurídica de invalidar a emancipação voluntária e judicial, como todo ato jurídico em sentido amplo é passível de invalidade.

Agora, no que se refere às incapacidades civis, absoluta e relativa, ditava o CC/1916:

Art. 5º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida

civil:

- I. Os menores de dezesseis anos.
- II. Os loucos de todo o gênero.
- III. Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade.
- IV. Os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

Art. 6º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

- I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos.
- II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.
- III. Os pródigos.
- IV. Os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do país.

Em sua redação original, assim estava o CC/2002:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

- I - os menores de dezesseis anos;
- II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
- III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

- I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
- II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
- III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
- IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência alocou nova redação a esses dispositivos do Código Civil de 2002, hoje assim positivados:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

- I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
- II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;
- III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
- IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

Observa-se que o EPD, dando nova redação ao artigo 3º, *caput*, revogou todos seus incisos; no artigo 4º, alteração de uma vírgula na cabeça do artigo, mantidos os incisos I e IV, deu novas redações aos II e III e ao Parágrafo único; ao aqui proposto, o inciso III será focado em tópico pertinente.

O Projeto de Lei n. 04/2025 propõe:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os que tenham menos de 16 (dezesesseis) anos;⁵

II - aqueles que por nenhum meio possam expressar sua vontade, em caráter temporário ou permanente.

“Art. 4º

I -

II - aqueles cuja autonomia estiver prejudicada por redução de discernimento, que não constitua deficiência, enquanto perdurar esse estado;

III - Revogado;

IV -

Parágrafo único. As pessoas com deficiência mental ou intelectual, maiores de 18 (dezoito) anos, têm assegurado o direito ao exercício de sua capacidade civil em igualdade de condições com as demais pessoas, observando-se, quanto aos apoios e às salvaguardas de que eventualmente necessitarem para o pleno exercício dessa capacidade, o disposto nos arts. 1.767 a 1.783 deste Código.

Art. 4º-A. A deficiência física ou psíquica da pessoa, por si só, não afeta sua capacidade civil.

Mantida a absoluta incapacidade civil etária às pessoas com menos de 16 anos, acrescenta incisos ao artigo 3º, e o inciso II, tal qual o III do atual artigo 4º, como acima posto, serão objeto de valoração em tópico pertinente.

Na relativa incapacidade civil, mantido o *caput* e incisos I e IV – também mantidos pelo EPD –, pretende revogar o indigitado inciso III, dar novas redações ao inciso II e Parágrafo único, e acrescentar o artigo 4º-A.

Para não ser repetitivo, há que se dizer que esses dispositivos serão objeto de descrição adiante, quando do estudo do outro ponto fundante deste artigo, qual seja, a manifestação da vontade da pessoa natural como pressuposto de existência do ato jurídico em sentido estrito.

⁵ O Projeto substitui o termo “menor”, tido por indicação pejorativa, por pessoa com “menos de” 16 anos, com a finalidade de dissipar os debates acerca daquele originário do então Código de Menores, revogado que foi pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, pelo qual a pessoa natural – criança e adolescente – com menos de 18 anos é titular de direitos e deveres jurídicos, como toda pessoa humana.

4.ATO JURÍDICO

Ao tratar do ato jurídico em sentido amplo há que se lembrar do fato jurídico em sentido lato como todo acontecimento, natural ou humano, que gere efeitos jurídicos, e, por isso, tenha relevância do sistema jurídico, uma vez que, ao repercutir no direito, produz consequências, resultando em direito e deveres jurídicos às pessoas que, direta ou indiretamente, são atingidas ou afetadas por esse acontecimento.

Ao sistema jurídico interessa, pois, o fato que produza efeitos jurídicos, o acontecimento que faça nascer direitos e deveres aos interessados.

O acontecimento jurídico praticado por pessoa natural, de modo lícito ou ilícito, ou decorrente de sua omissão, havendo o dever de agir, é denominado de ato jurídico em sentido amplo; destarte, ato jurídico é o fato jurídico em que há a intervenção da pessoa humana, de forma ativa ou passiva.

Desse ato jurídico lato, poder-se-á falar em ato lícito – ato jurídico em sentido estrito – e negócio jurídico, ou em ato ilícito.

Para a devida didática, a lição de Maria Helena Diniz: “O fato jurídico pode ser natural ou humano. O ‘fato natural’ advém de fenômeno natural, sem intervenção da vontade humana, que produz efeito jurídico. Esse evento natural consiste no fato jurídico stricto sensu, que se apresenta ora como ‘ordinário’ (nascimento, maioridade, morte, decurso do tempo, abandono do álveo pelo rio, aluvião e avulsão), ora como extraordinário (caso fortuito, força maior)”⁶.

E prossegue: “O ‘fato humano’ é o acontecimento que depende da vontade humana, abrangendo tanto os atos lícitos como os ilícitos”⁷.

⁶ *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Volume I: Teoria Geral do Direito Civil. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 420.

⁷ *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Volume I: Teoria Geral do Direito Civil. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 420.

Completa Francisco Amaral: “Ato jurídico em senso estrito e negócio jurídico são manifestações de vontade, mas diferem quanto à estrutura, à função e aos respectivos efeitos”⁸.

Para o aqui proposto, afirma-se que a existência de um ato jurídico em sentido amplo tem como pressuposto básico, essencial, fundamental, a manifestação de vontade da pessoa humana; deveras, para que se possa afirmar que existe no mundo jurídico um ato jurídico há de ser averiguada a manifestação de vontade.

Tanto assim o é que, ao regram a validade do negócio jurídico⁹, em seu artigo 104¹⁰, o Código Civil de 2002 delibera como primeiro requisito que o agente seja capaz – plena capacidade civil –; ou seja, determina para que o ato jurídico tenha validade a produzir efeitos jurídicos – gerar direitos e deveres – o agente seja capaz do quê? Resposta: que a pessoa humana tenha plena capacidade civil para manifestar sua vontade!

Com efeito, a manifestação da vontade é um pressuposto essencial para que se possa falar que um ato jurídico existe; que um ato jurídico foi praticado, ou deixou de ser quando havia o dever jurídico de sê-lo – ato ilícito.

5.MANIFESTAÇÃO DA VONTADE

Para a validade do ato jurídico requer-se que o agente seja capaz de manifestar sua vontade.

Com efeito didático, há que se lembrar alguns dispositivos do Código de 2002 que tratam da manifestação da vontade, dentre eles: artigos 107 a 112; deles, anote-se o 111: “O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.”

Isso para destacar que a “manifestação da vontade” é inconfundível com

⁸ *Direito Civil*: Introdução. 10ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 467.

⁹ Inolvidável o disposto no art. 185 do CC/2002: “Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior.”. Com efeito, tudo o que se trata sobre negócio jurídico, em sendo compatível, é aplicável ao ato jurídico lícito, ou ato jurídico em sentido estrito.

¹⁰ A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

“declaração da vontade”, porque, esta é uma das formas de ser expressada a vontade, outras existem, como um comportamento humana, um gesto¹¹, a efetiva declaração expressa, às vezes, presumida ou mesmo tácita; e, como acima transcrito: até mesmo o silêncio poderá tipificar uma manifestação de vontade da pessoa humana.

Às vezes o legislador exige que a manifestação de vontade há de se declarada expressamente, seja por documento público ou particular – ato formal ou solene –; outras, possibilita o silêncio como manifestação de vontade. O que haverá de existir, e isso é imprescindível, é que, para a existência de um ato jurídico – ato humano que gere direitos e deveres – que haja efetiva manifestação de vontade, da forma que se o ato em si aceitar, consoante autorização legal, até pelo silêncio, quando não exigida a declaração expressa da vontade!

Ao ato jurídico válido requer-se como primeiro pressuposto legal que a pessoa humana tenha plena capacidade civil para manifestar sua vontade; sem manifestação de vontade, não há que se indagar sobre validade jurídica do ato, porquanto, o ato inexistente, é um nada para o sistema jurídico. Essa a ilação que merece ser extraída do artigo 104, inciso I, do Código Civil de 2002.

Francisco Amaral ensina: “O negócio jurídico é declaração de vontade que se destina à produção de certos efeitos jurídicos que o sujeito pretende e o direito reconhece. Seu elemento essencial é a vontade, que se dá a conhecer pela respectiva declaração e que tem, por isso, relevante significado econômico e social, por ser meio de se alcançar o efeito jurídico pretendido”¹².

Renan Lotufo complementa: “É evidente que não pode haver negócio jurídico sem manifestação de vontade. Não se deve confundir a ausência de manifestação de vontade com a conduta reconhecida, pois esta é admitida como expressão de vontade. Para que o silêncio seja admitido, isto é, tenha significação reconhecida pelo direito, há que estar conforme os costumes, práticas e acordos do local. [...] A declaração mediante o silêncio existe sempre que a lei não haja prescrito uma determinada forma ou quando

¹¹ Como é cediço, as pessoas praticam negócios jurídicos vultosos – contratos de compra e venda – em leilões de arte, de animais – gado, cavalo – com meros gestos. Isso é manifestação de vontade!

¹² *Direito Civil*: Introdução. 10ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 475.

não se exija por lei ou por contrato uma declaração explícita”¹³.

Com essas considerações preliminares, mas necessárias, há que se tratar de alguns pontos dos sobreditos artigos 3º e 4º, do CC/2002, em suas redações positivadas, como projetadas, sobre as quais foi posto que seriam adiante apreciadas; isso é agora.

O primeiro ponto a ser apreciado é a situação jurídica positivada pelo artigo 4º, III, do Código de 2002, determinando a relativa incapacidade civil das pessoas naturais quando “[...] por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”, com redação posta pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Ante o acima narrado, há que se argumentar: se a pessoa natural não tem condições – físicas, psíquicas, psicológicas – de manifestar sua vontade, ela não terá como praticar atos jurídicos, uma vez que, inexistentes são os atos jurídicos sem manifestação de vontade da pessoa interveniente, seja adquirindo direitos, seja assumindo deveres jurídicos.

Reprisando: se a pessoa humana não tem capacidade civil para manifestar sua vontade, o ato jurídico poderá ser invalidado (art. 104, I, CC/2002); todavia, se ela não tem possibilidades de manifestar sua vontade, o ato jurídico inexistente!

De sorte que, em tais situações fático-jurídicas, com o propósito de proteger a pessoa que se encontra em situação de impossibilidade de manifestar sua vontade, conclui-se que, mesmo que acompanhada de seu assistente legal, o ato jurídico inexistente, por ausência de manifestação de vontade do titular do direito.

Nesse aspecto, salutar a disposição projetada, com este acréscimo ao artigo 3º do CC/2002: “II – aqueles que por nenhum meio possam expressar sua vontade, em caráter temporário ou permanente” serão consideradas pessoas absolutamente incapazes, cuja vontade haverá de ser expressada por seu representante legal¹⁴.

Por conseguinte, se a pessoa tiver uma redução de consciência, de seu

¹³ *Curso Avançado de Direito Civil: Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 229-230.

¹⁴ Merece a lembrança: a representação e assistência legal poderão ser exercidas pelos pais – pai e mãe – no exercício do Poder Familiar [Autoridade Parental pelo Projeto – Capítulo VI do Título I do Livro IV da Parte Especial do CC/2002 e art. 1.630, dentre outros], pelo tutor [Tutela], pelo curador [Curatela], pelos apoiadores [Tomada de Decisão Apoiada], e mesmo pelo guardião, [Guarda em Família Substituta – art. 33, § 2º, ECA – LF 8.069/1990].

discernimento¹⁵, sem que isso configure uma deficiência mental ou intelectual, pelo Projeto, estará na posição de relativa incapacidade civil (art. 4º, II), “[...] enquanto perdurar esse estado”, período em que sua manifestação de vontade será acompanhada de seu assistente legal, para que o ato jurídico exista e tenha validade jurídica.

Em face disso, merecem aplausos as disposições legais contidas no Projeto de Lei n. 04/2025 ao incluir o referido inciso II no artigo 3º, dar nova redação ao artigo 4º, inciso II, e, por coerência, revogar o inciso III do mesmo artigo 4º, tudo no Código Civil de 2002.

Faz-se necessária, contudo, uma breve análise das diretrizes contidas no Estatuto da Pessoa com Deficiência para aferir essas disposições legais projetadas, mormente, as do artigo 4º, inciso II, Parágrafo único e artigo 4º-A.

6. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Em seu artigo 1º, determina a Lei Federal n. 13.146/2015:

É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

Parágrafo único. Esta Lei tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno.

E o artigo seguinte instrui: “Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual,

¹⁵ A terminologia “discernimento” retorna à legislação codificada pela projetada, uma vez que, com a vigência do EPD, as disposições do CC/2002 que ditavam “discernimento” [art. 3º, II, e art. 4º, II, dentre outros] foram revogada ou modificada, respectivamente, mantido tão-só no art. 1.860, *caput*: “Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento”.

em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”; seguindo as diretrizes da sobredita Convenção de Nova Iorque, de 30.03.2007¹⁶.

Com efeito, as naturezas consideradas para a deficiência de uma pessoa natural são: física, mental, intelectual ou sensorial; no entanto, inolvidável que, dentre essas distintas naturezas, em cada qual, há graus distintos de deficiência, que se aferirá em cada situação concreta, pois cada pessoa humana é o ser individual a ser considerado.

Posto o caso nesses termos, argumenta-se que, em verdade, uma mesma natureza de deficiência poderá resultar em absoluta ou relativa incapacidade civil, dependendo do grau dessa específica deficiência em pessoa certa, determinada, individualizada.

Cada pessoa humana é um ser próprio e específico: um indivíduo!

O Projeto de Lei n. 04/2025 no artigo 4º, inciso II, em nova redação, retrata que a redução de discernimento não poderá constituir deficiência, porquanto, completa em seu Parágrafo único:

As pessoas com deficiência mental ou intelectual, maiores de 18 (dezoito) anos, têm assegurado o direito ao exercício de sua capacidade civil em igualdade de condições com as demais pessoas, observando-se, quanto aos apoios e às salvaguardas de que eventualmente necessitarem para o pleno exercício dessa capacidade, o disposto nos arts. 1.767 a 1.783 deste Código.

À pessoa com deficiência mental ou intelectual com idade superior a 18 anos¹⁷, terá garantia e assegurada sua capacidade civil, que, não obstando sua manifestação de vontade (art. 3º, II, do PL 04/2025), poderá, ante a natureza da deficiência – mental ou intelectual – e de seu grau, resultar em relativa incapacidade civil, cuja proteção fático-jurídica, caso necessária ao pleno exercício de sua capacidade, seguirá com a nomeação de curador, por meio da curatela da pessoa com deficiência, consoante expressos artigos

¹⁶ “Artigo 1 – Propósito. O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.”.

¹⁷ Lembrar que, independentemente de deficiência mental ou intelectual, a idade, inferior a 18 anos, por si só, é causa de absoluta ou relativa incapacidade civil.

1.767 a 1.783 do CC/2002.

A casuísta possibilitará o reconhecimento da eventual incapacidade civil da pessoa com deficiência, se absoluta ou relativa, e o consequente caminho de proteção a essa pessoa humana, consoante a natureza e o grau de sua deficiência, repita-se, sempre, em cada situação concreta, individual, personalíssima, com o propósito de garantir e assegurar sua inclusão na sociedade em que convive, todavia, protegendo-a em todos os aspectos pessoais e jurídicos, com a garantia de sua plena e total cidadania de forma digna e saudável.

Por derradeiro, o Projeto de Lei n. 04/2025 acrescenta o artigo 4º-A para delinear que, como a deficiência mental ou intelectual poderá configurar incapacidade civil relativa, as eventuais deficiências física e psíquica da pessoa natural não tem efeito à capacidade civil, dependendo, por certo, do caso concreto a ser aferido, ante o grau da respectiva deficiência; contudo, só por elas, a pessoa haverá de ser plenamente capaz de exercer seus direitos e deveres jurídicos, por si mesma.

Para finalizar, a narrativa sobre os instrumentos de proteção à pessoa natural, com absoluta ou relativa incapacidade civil, como meios de garantir e assegurar o exercício pleno e efetivo de seus interesses fáticos e jurídicos.

7. INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO DA PESSOA NATURAL

A mencionada Convenção de Nova Iorque, em seu artigo 12, traz pontos de interesse ao que aqui é discorrido, ao determinar em seu item 2: “O Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida”; destarte, é o reconhecimento da plena e total igualdade de direitos e deveres entre todas as pessoas naturais, incluindo a pessoa com deficiência, independente da natureza e grau da respectiva deficiência.

Em seu item 4, do mesmo artigo 12, completa:

Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da

capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.

Infere-se, pois, que a própria Convenção reconhece a necessária aplicação de medidas de proteção à pessoa com deficiência, as mencionadas “salvaguardas”, que haverão de ser apropriadas e efetivas, com o fito de assegurar – salvaguardar – o exercício da capacidade civil e a vontade da pessoa com deficiência.

Sem a pretensão de adentrar outra seara, com o mero propósito discursivo, merecem ser mencionadas as principais medidas jurídicas de proteção da pessoa humana em estado de incapacidade civil absoluta ou relativa, com a inclusão da pessoa com deficiência, mormente, a mental ou intelectual, como meios de garantir e assegurar sua cidadania e dignidade.

As salvaguardas!

A primeira delas: Curatela (arts. 1.767/1.783, CC/2002), com projeto de alterações aos diversos artigos, sendo certo que o primeiro deles assim consta: “Estão sujeitos a curatela as pessoas maiores de idade na hipótese dos arts. 3º e 4º deste Código” (PL 04/2025), ou seja, as pessoas absoluta ou relativamente incapazes por fatores que não o etário.

Nesse capítulo, inovadora projeção à Diretiva Antecipada de Curatela (arts. 1.778-A e 1.778-B), sobre a qual, na Justificação ao Projeto, indica-a como “[...] uma espécie de ‘testamento para a vida’, em que o interessado delineia a forma como deseja ser tratado, no caso de perda de sua autonomia cognitiva.”¹⁸, cuja forma será por escritura pública ou instrumento particular autêntico (art. 1.778-A, PL 04/2025).

O EPD criara a autocuratela ao incluir inciso IV ao artigo 1.768 do CC/2002; todavia, esse artigo foi integralmente revogado pelo Código de Processo Civil de 2015

¹⁸ PACHECO, Senador Rodrigo. Senado Federal. Projeto de Lei n. 4, de 2025, p. 263.

[LF n. 13.105 – CPC].

Esse mesmo Estatuto trouxe ao mundo jurídico brasileiro a Tomada de Decisão Apoiada, ao incluir o artigo 1.783-A ao Código Civil de 2002; o PL 04/2025 pretende disciplinar de forma minuciosa esse instituto, dando nova redação ao artigo 1.783-A, *caput*, e a seus parágrafos 1º ao 3º, revogando do § 4º ao § 11; incluindo o artigo 1.783-B ao artigo 1.783-E, com a possibilidade jurídica de sua formalização judicial ou extrajudicial (art. 1.783-A, *caput*, PL 04/2025).

A salvaguarda a ser utilizada dependerá de cada situação fática em concreto, e haverá de ser empregada consoante a natureza da incapacidade civil da pessoa natural, de sua eventual deficiência, como do grau de cada qual, sempre de modo e forma proporcionais, e sempre com o propósito de assegurar e proteger os direitos e interesses da pessoa humana; ou seja, há que se lembrar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência - como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o da Pessoa Idosa –, são normas legais que visam inclusão, proteção e garantia de direitos, interesses e deveres.

Em determinadas situações jurídica, para equilibrar a situação fático-jurídica, com o fito de garantir a igualdade de condições entre as pessoas, para que haja equilíbrio entre elas, há que ser implementada uma respectiva salvaguarda, com suas diretrizes, limites e delimitações.

As salvaguardas são medidas de proteção, garantia, e de equilíbrio.

Para encerrar, destaca-se as Diretivas Antecipadas de Vontade, o popular “testamento vital”, incluso no Projeto de Lei n. 04/2025 ao dar nova redação ao artigo 15 do Código Civil de 2002 e acrescentar o artigo 15-A ao mesmo Código.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código Civil de 2002 com a edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência teve remodelada suas disposições sobre a capacidade civil da pessoa natural.

Agora, o Projeto de Lei n. 04/2025 apresenta nova roupagem aos dispositivos legais do Código que dela cuidam: artigos 3º e 4º, compatibilizando-os com medidas de garantia e proteção aos direitos, interesses e deveres jurídicos às pessoas humanas que, por certo tempo, necessitem da intervenção de terceira pessoa para sua consecução.

Isso se faz mister, porque, a manifestação da vontade da pessoa natural é pressuposto básico e fundamental para que se possa falar em existência do ato jurídico em sentido amplo, ou seja, para que esse ato seja válido e eficaz, produza efeitos jurídicos – direitos e deveres –, as pessoas intervenientes hão de manifestar suas respectivas vontades, conquanto, como visto, inconfundível manifestação com declaração de vontade, uma vez que aquela, por gestos ou mesmo silêncio, pode ser manifestada, exteriorizada.

Ao que se depreende, o Projeto é salutar ao compatibilizar a capacidade civil, mantendo-a como regra a toda pessoa humana, com situações em que a pessoa, por certo e determinado lapso temporal, precisará de amparo, apoio, cuidado, na proteção e garantia de seus direitos, interesses e deveres jurídicos; lembrar que cada pessoa há de ser considerada em sua individualidade para aferição da respectiva proteção e garantia.

Por isso, a natureza da incapacidade civil, de eventual deficiência, dependerá do casuísmo para aferir seu respectivo grau, e, por conseguinte, da proteção e garantia a ser aplicada.

Para esse desiderato existem medidas legais, extra e judiciais, de proteção, como a Curatela e a Tomada de Decisão Apoiada, positivadas no sistema jurídico brasileiro, as quais contêm ajustes projetados; no entanto, o Projeto de Lei n. 04/2025 inova ao apresentar a Diretiva Antecipada de Curatela (arts. 1.778-A e 1.778-B) e as Diretivas Antecipadas de Vontade (art. 15 e art. 15-A).

Essas narrativas visam a garantia da eficácia dos Princípios Fundamentais da cidadania e da dignidade da pessoa humana para a titularidade e exercício de seus direitos, interesses e deveres jurídicos, postos na Constituição da República de 1988.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Volume I: Teoria Geral do Direito Civil. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOTUFO, Renan. *Curso Avançado de Direito Civil: Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003.

PACHECO, Senador Rodrigo. Senado Federal. *Projeto de Lei n. 4*, de 2025.

SALOMÃO, Ministro Luis Felipe. *Relatório Final*. Comissão de Juristas. Ato da Presidência do Senado Federal n. 11/2023.

A NOVA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA DE ACORDO COM PROJETO DE ALTERAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL

Cristiano Pereira Moraes Garcia

Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, Mestre em Direito Processual Civil e Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor universitário da Universidade São Francisco (USF), Centro Universitário de Atibaia (UNIFAAT) e do Centro Universitário das Faculdades de Campinas (FACAMP).

1. ORIGEM DO DIREITO SUCESSÓRIO NO BRASIL¹.

Antes da proclamação da independência, na época em que nosso país era colônia de Portugal, vigoraram, no Brasil, as Ordenações do Reino. Num primeiro momento as Ordenações Afonsinas (1446). Tais ordenações permaneceram em vigor até as Ordenações Manuelinas, editadas por D. Manuel (1512).

Posteriormente, entraram em vigor as Ordenações Filipinas (1603), já durante o reinado de Felipe III de Espanha e II de Portugal.

O Professor Euclides de Oliveira nos ensina que:

O título XCVI do Código Filipino cuidava do direito sucessório, estabelecendo ‘como se há de fazer as partilhas entre os herdeiros’, com atribuição aos descendentes e aos ascendentes, em caso de morte *ab intestato*: E falecendo sem testamento, a dará aos parentes mais chegados do defunto, segundo disposição do Direito, e partirá com os herdeiros do defunto todos os bens e coisas, que ambos haviam, e os imóveis, como raiz².

Tal regramento permaneceu em vigor no Brasil até a nossa independência.

A falta de legislação no Brasil fez com que fossem aplicadas as Ordenações e, de modo geral, toda a legislação de Portugal, conforme a Lei de 20 de outubro de 1923, do Governo do Império do Brasil, até eventual promulgação de lei sucessória e de Direito

¹ GARCIA, Cristiano Pereira Moraes. *O Direito à Herança no Novo Código Civil*. Campinas: CS Edições Ltda. 2005, p.10/25.

² OLIVEIRA, Euclides de. *Ordem da Vocação Hereditária na Sucessão Legítima: Análise Crítica e Proposta de Mudanças. Tese de Doutorado*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004, p. 33.

Civil.

A Constituição Federal do Império, de 1824, estabeleceu, no art. 173, item 8º, determinação para que se fizesse o Código Civil e o Código Criminal Brasileiros.

Aliás, após o Código Civil Francês, denominado Código Napoleão, em 1804, tivemos em todo o mundo um período de codificações, influenciado pelo diploma francês.

Assim, tivemos a promulgação, na Europa, América do Norte e África, de Códigos Cíveis na Romênia (1864), Itália (1865), Portugal (1867), Montenegro (1888), Espanha (1889), Louisiana-EUA (1825), Quebec-Canadá (1866), Egito (1875) e Japão (1896).

Na América Latina, tivemos a promulgação dos Códigos Cíveis do Haiti (1825), Bolívia (1851), Chile (1851), Peru (1852), El Salvador (1859), Venezuela (1862), Equador (1867), Uruguai (1868), Argentina (1869), México (1871), Guatemala (1877) e Honduras (1880)³.

Nesse período de codificações é que surge a primeira codificação civil brasileira, desvincilhando-se definitivamente da legislação portuguesa, em 1916, com o Código Civil Brasileiro.

Apesar da Constituição Federal do Império determinar em 1824 a necessidade de Códigos Civil e Criminal, inicialmente foi feito o Código Criminal, em 1830 e, posteriormente, o Código Comercial, em 1850, ainda em vigor, mas que possui, hoje, a maioria de seus artigos revogados, inclusive a Primeira Parte por disposição expressa do Código Civil de 2002.

O Código Civil Brasileiro foi, pois, dessas leis, a que mais demorou. Tanto é verdade que com a promulgação da Constituição Federal de 1891, ainda tínhamos a aplicação das Ordenações de Portugal no Brasil.

No período do império, Teixeira de Freitas confeccionou a Consolidação das Leis Cíveis e, em 1858, foi aprovada a primeira versão pelo Imperador. Foi organizada toda a legislação que estava em vigor no país, inclusive a legislação portuguesa.

Nessa consolidação das Leis Cíveis, na terceira versão, conseguimos verificar o regramento de direito sucessório existente na época, que permaneceu em vigor até a

³ SIDOU, J. M. Othon. *Sobre o Novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 4.

promulgação de nosso Código Civil de 1916.

Nesse sentido, explica Euclides de Oliveira⁴:

A sucessão ‘à intestado’, ou legítima, deferia-se na seguinte ordem (art. 959): I – aos descendentes; 2 – na falta de descendentes, aos ascendentes; 3 – na falta de uns e outros, aos colaterais até o décimo grau; 4 – na falta de todos, ao cônjuge sobrevivente; 5 – ao Estado em último lugar.

O Decreto n. 1.839, de 31 de dezembro de 1907 (Lei Feliciano Pena) alterou tal ordem de vocação hereditária para colocar o cônjuge como herdeiro anterior aos colaterais.

Algumas regras chamam a atenção, nessa consolidação. Os filhos decorrentes de relações extramatrimoniais não tinham direito ao recebimento de herança, bem como os filhos de sacerdotes e derivados de incesto.

Outros aspectos interessantes o jurista Euclides de Oliveira ressalta⁵:

Igualmente curiosa a previsão de que os bens havidos por ascendentes não se comunicavam no segundo matrimônio (art. 968) e transmitiam-se, por morte do pai ou da mãe, apenas aos filhos do primeiro matrimônio (art. 969).

Também não havia direito de sucessão do pai ou da mãe, em relação aos filhos de danado e punível coito (art. 971, com menção aos arts. 209 a 211). Era o sistema das Ordenações (Livro 4º, Título 93): como o direito de sucessão era recíproco, resultava lógico que os filhos de danado coito e os respectivos pais não podiam suceder entre si.

Na sucessão dos colaterais, concorriam os irmãos legítimos e também os ilegítimos, e mais os parentes por parte da mãe, ainda que nascidos de ilícito e danado coito (art. 972).

O cônjuge somente teria direito à herança na falta dos parentes sucessíveis e se, ao tempo da morte do outro, vivessem juntos e habitando na mesma casa (art. 973).

Note-se a dificuldade prática de atribuição da herança ao cônjuge sobrevivente, um fato raro em vista da precedência de colaterais até o décimo grau. E, de outra parte, a preocupação do legislador em somente deferir a herança ao cônjuge não separado de fato, em adiantamento do sistema que veio a ser adotado no atual Código Civil, art. 1.830., embora, aqui, com temperos quanto à duração do afastamento e sua causa-culposa, ou não.

Ainda digno de se mencionar a possibilidade de atribuição de herança ao estranho, que, pela omissão do herdeiro, tenha prestado socorro ao falecido em sua enfermidade; o estranho teria direito à herança de que o mesmo herdeiro estivesse privado pela sua ingratidão (art. 987). É manifesto o caráter humanitário da norma, que não veio a se repetir na legislação codificada, muito embora nesta se admita a atribuição de bens a estranho, por testamento, como disposição remuneratória por serviços prestados.

Várias tentativas foram feitas para a confecção do primeiro Código Civil Brasileiro. Inicialmente por Teixeira de Freitas e, posteriormente, foi elaborado esboço

⁴ OLIVEIRA, Euclides de. Ordem da Vocação Hereditária na Sucessão Legítima, p. 35.

⁵ *Ibidem*, p. 36.

por Felício dos Santos (1889) e também por Coelho Rodrigues (1993).

Entretanto, como esclarece J. M. Othon Sidou, “em 1899, o presidente Campos Sales, por sugestão de seu ministro da Justiça, Epitácio Pessoa, escolheu Clóvis Beviláqua, professor da Faculdade de Direito do Recife, para elaborar o Código Civil, incumbência cumprida no mesmo ano pelo jurista cearense”⁶.

Durante a tramitação do projeto do Código Civil de 1916 no Congresso Nacional, grandes discussões se formaram, especialmente entre Rui Barbosa, crítico do projeto, apresentando “mais de quinhentas emendas de redação”⁷, e Carneiro Ribeiro, que defendeu a aprovação do projeto.

Após essas discussões, foi promulgado o Código Civil de 1916 recebendo, principalmente, influência do direito romano, do direito francês e do direito alemão.

Nesse sentido explica J. M. Othon Sidou⁸:

Com efeito, em mais de mil e oitocentas fontes, a contribuição doméstica (direito anterior, inclusive romano) compôs 60% do Código Civil de 1916, sendo de pouco mais de 30% a influência direta do Código Francês e dos corpos de leis que nele se subsidiaram, e de menos de 10% a participação germânica.

Finalmente, em 1º de janeiro de 1917, entrou em vigor o Código Civil elaborado por Clóvis Beviláqua. O direito sucessório no Código Civil anterior era regulamentado pelos arts. 1.572 a 1.805.

O Direito das Sucessões era composto pelo Título I – Da sucessão em geral; Título II – Da sucessão legítima; Título III – Da sucessão testamentária; Título IV – Do inventário e partilha.

Destarte, as regras gerais de direito sucessório eram descritas no primeiro título, enquanto, no segundo, sob a rubrica de “sucessão legítima”, estava a ordem de vocação hereditária, mais especificamente em seu art. 1.603.

No antigo Código, cada inciso do art. 1.603 representava uma classe de herdeiros, sendo que a classe anterior preferia a classe posterior, ideia esta que foi mantida no atual Código Civil.

As classes de herdeiros eram, então, as seguintes:

⁶ SIDOU, J. M. Othon. *Sobre o Novo Código Civil*, p. 5.

⁷ *Ibidem*, p. 6.

⁸ *Ibidem*, p. 6.

- a) Descendentes;
- b) Ascendentes;
- c) Cônjuge sobrevivente;
- d) Colaterais;
- e) Município, Distrito Federal ou União.

Na primeira classe de herdeiros estavam os descendentes, independentemente do grau. Os filhos sucediam por cabeça⁹, nos termos do art. 1.604, ou seja, pelo número de filhos. Os outros descendentes podiam suceder por cabeça ou por stirpe¹⁰.

Se um dos filhos estava falecido, era comoriente, indigno ou deserddado, sendo que havia um outro filho na mesma linha que receberia a herança por direito próprio, os netos do autor da herança poderiam herdar por stirpe, recebendo a quota parte que seu pai ou mãe receberia. Na falta de filhos para receber a herança por direito próprio, a herança seria dividida entre os netos, levando-se em conta o número de netos, ou seja, por cabeça e não mais por stirpe. E assim, sucessivamente. A herança deferida aos netos por direito próprio era e contínua sendo chamada de avoengas.

Anotamos que havia distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, nos termos do art. 358. Tais distinções não foram recepcionadas pela Carta Constitucional de 1988. Surge o princípio da igualdade jurídica entre todos os filhos, prevista no art. 227, § 6º, da Constituição Federal. Em decorrência desse princípio constitucional, não pode mais haver distinção entre filho legítimo, ilegítimo ou adotivo, sendo todos iguais perante a lei.

Consequentemente, é permitido o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento; é proibido, nos registros, a distinção de filho legítimo, ilegítimo ou adotivo; é vedada designações discriminatórias relativas à filiação ou qualquer outra forma de diferenciação entre os filhos pela legislação infraconstitucional. A regra do art. 358 foi revogada expressamente pela Lei n. 7.841, de 17/10/1989. Ressaltamos que, nessa classe, não se incluía o cônjuge, como ocorre no Código de 2002.

Na falta de descendentes, eram chamados os herdeiros da segunda classe, ou seja, os ascendentes. A herança era, então, dividida entre os ascendentes do *de cujus*¹¹,

⁹ Suceder por cabeça – expressão sinônima de suceder por direito próprio.

¹⁰ Suceder por stirpe – expressão sinônima de suceder por representação.

¹¹ A expressão do latim *de cujus* significa morto. Em verdade, *de cujus* advém de uma expressão maior do latim que é *de cujus successione agitur*. A tradução desta expressão é “aquele de cuja sucessão se trata”, conforme SILVA, De Plácido e. *Dicionário Jurídico*. Atual. Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 244. Há quem entenda que a expressão *de cujus* advenha de *de cujus hereditate agitur*, conforme ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: sucessões*. 5. ed. Coimbra:

sendo que os de grau mais próximo excluía os de grau mais remoto, nos termos do art. 1.607.

Na falta de um dos pais, mas com o outro vivo e sucessível¹², toda a herança era devolvida ao pai ou mãe vivos, uma vez que não existia (e continua não existindo) direito de representação na linha ascendente, mas apenas havia direito de representação na linha descendente. Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, a herança seria repartida entre as duas linhas, pelo meio¹³.

O art. 1.609 dispunha que “falecendo sem descendência o filho adotivo, se lhe sobreviverem os pais e o adotante, àqueles tocará por inteiro a herança. Parágrafo único. Em falta dos pais, embora haja outros ascendentes, devolve-se a herança ao adotante”.

Tal artigo igualmente não foi recepcionado pela Carta Maior de 1988, bem como foi revogado implicitamente pelo art. 41, § 2º, da Lei n. 8.069, de 13/07/90, Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁴, uma vez que fazia distinção entre os ascendentes sanguíneos e os pais adotivos, deferindo àqueles a herança, em prejuízo destes. Na falta de descendentes e ascendentes, a herança ficava para o cônjuge supérstite. Se o cônjuge estava separado judicialmente ou divorciado, não recebia a herança.

Por outro lado, a mera separação de fato não prejudicava o direito sucessório do cônjuge sobrevivente. Além do mais, o cônjuge sobrevivente tinha direito ao usufruto viúval, ou seja, usufruto da quarta parte dos bens do falecido, se houvesse filhos deste ou do casal, e sobre a metade, se não houvesse filhos, e fossem recolhidos pelos ascendentes daquele, salvo se o regime era o da comunhão universal de bens, caso em que o cônjuge sobrevivente não teria direito ao usufruto¹⁵.

O cônjuge sobrevivente também tinha direito real de habitação, quando era casado pelo regime da comunhão universal e o único bem desta natureza a inventariar era o imóvel residencial da família¹⁶.

Coimbra Editora, 2000. p. 12. Até mesmo a grafia de *hereditate* alguns utilizam *hereditatis*. Em todo caso, independentemente da forma gráfica que se adote, tal expressão significa “de cuja sucessão se trata”, referindo-se, evidentemente, ao morto.

¹² Herdeiro sucessível é o herdeiro que tem condições de receber seu quinhão hereditário.

¹³ Art. 1.608 do Código Civil de 1916.

¹⁴ BRASIL. Lei Federal 8.069 de 13 de julho de 1990. ECA, art. 41, § 2º. “É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º Grau, observada a ordem de vocação hereditária”.

¹⁵ Tal regra está estampada no art. 1.611, § 1º, do Código Civil de 1916.

¹⁶ Nesse sentido o art. 1.611, § 2º, do Código Civil de 1916.

Não existindo descendentes, ascendentes ou cônjuge sucessível, a herança era distribuída entre os herdeiros da quarta classe.

Na quarta classe, os parentes mais próximos também preferiam aos mais remotos, de modo que os herdeiros, parentes colaterais do 2º grau, preferiam aos de 3º grau e estes, conseqüentemente, os herdeiros de 4º grau. Acima do quarto grau, os parentes colaterais não herdavam.

Num primeiro momento, então, entre os parentes colaterais, a herança seria distribuída entre os irmãos¹⁷. Se irmãos bilaterais, também denominados irmãos germanos, fossem concorrer com irmãos unilaterais, também denominados irmãos não germanos, estes herdariam metade do que aqueles, nos termos do art. 1.614 do Código Civil de 1916.

Irmãos germanos são os irmãos que possuem os mesmos pais, enquanto irmãos não germanos são os irmãos que possuem apenas um dos pais igual. Se concorressem apenas irmãos germanos ou apenas irmãos não germanos, cada um receberia quinhão igual ao dos outros.

No caso de não haver irmãos sucessíveis, a herança ficaria para os parentes colaterais de terceiro grau. Os parentes colaterais de terceiro grau são os sobrinhos e os tios. Entretanto, entre os parentes de terceiro grau, preferiam os sobrinhos, em prejuízo dos tios. Assim, se houvesse pelo menos um sobrinho sucessível, a herança seria toda distribuída entre os sobrinhos. Apenas na falta de sobrinhos sucessíveis é que a herança passaria para os tios.

Se os sobrinhos do autor da herança eram filhos de irmãos germanos ou filhos de irmãos não germanos, cada sobrinho recebia quinhão igual ao dos outros. Mas, se concorressem filhos de irmãos germanos com filhos de irmãos unilaterais, cada sobrinho, filho de irmão unilateral receberia metade do sobrinho que era filho de irmão bilateral.

Como dito, na falta de sobrinho, a herança seria distribuída entre os tios.

Na falta de parentes colaterais de terceiro grau, a herança seria dividida entre os parentes colaterais de quarto grau, ou seja, entre os primos-irmãos, tios-avós e sobrinhos-netos.

Nesse caso, cada um receberia por cabeça e não havia a possibilidade de

¹⁷ Os irmãos são os únicos parentes colaterais de segundo grau.

descendente dos parentes colaterais de quarto grau herdar por representação.

Finalmente, não havendo parentes sucessíveis das quatro primeiras classes de herdeiros, a herança ficava para o Poder Público, mais especificamente para o Município, o Distrito Federal ou a União, dependendo da localização dos bens a serem arrecadados. Estes bens eram arrecadados como herança jacente para, depois, ser declarada herança vacante.

Notamos que o Código Civil de 1916 não fazia previsão para o companheiro da união estável receber herança, não integrando a ordem de vocação hereditária.

O reconhecimento da união estável como entidade familiar só veio a ocorrer com a Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, com as regulamentações por meio das Leis n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994 e n. 9.278, de 10 de maio de 1996, até ser regulamentada pelo Código Civil de 2002, conforme abordaremos mais adiante.

Aliás, a nossa atual Constituição Federal trouxe diversas regras de Direito Civil e, mais especificamente, diversas regras que informam o direito sucessório.

A garantia do recebimento da herança está prevista dentre os direitos e garantias fundamentais, no art. 5º, inciso III, da Constituição Federal.

O culto professor Pedro Lenza nos ensina que “os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados”¹⁸.

Assim, o direito ao recebimento da herança foi alçado ao direito fundamental, sendo que a norma constitucional impede a atuação do Estado¹⁹ no sentido de retirar da pessoa o seu direito ao recebimento da herança.

A lei, nesse sentido, que direta ou indiretamente (aumento excessivo do imposto *causa mortis*, por exemplo) pretendesse retirar ou prejudicar o direito à herança seria, certamente, inconstitucional. Além do mais, a Carta Constitucional também prevê o direito à liberdade e igualdade, bem como o direito à propriedade.

O direito à liberdade se manifesta no direito sucessório, na liberdade de aceitar

¹⁸ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional* - Coleção Esquematizado. 28. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024, p. 385.

¹⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 156.

ou renunciar à herança, além do direito de dispor da parte disponível da herança, em testamento.

O direito à igualdade vem informar o direito sucessório, inclusive no momento da aplicação da ordem de vocação hereditária entre os herdeiros, para dividir a herança de forma igualitária entre os herdeiros. Daí diversas discussões surgirem sobre eventual inconstitucionalidade de algumas regras da nova ordem de vocação hereditária, conforme abordaremos posteriormente.

Após a Constituição Federal, diversas leis foram aprovadas e entraram em vigor para tratar da família e do direito à herança.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, veio a regulamentar a adoção. A Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992, regulamentou o reconhecimento da paternidade dos filhos não havidos no casamento. As Leis n.ºs. 8.971, de 29 de dezembro de 1994 e 9.278, de 10 de maio de 1996, regulamentaram, pela primeira vez, a união estável.

Finalmente, a atual legislação sobre direito sucessório está inserida no novo Código Civil, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em que o projeto de alteração apresenta profunda e extensa gama de alterações.

2. REESTRUTURAÇÃO DO ART. 1.829 DO CÓDIGO CIVIL

A ordem de vocação hereditária está prevista no art. 1.829 do Código Civil e permanecerá, com a proposta de alteração do Código Civil, em especial do Direito Sucessório, no referido art. 1.829 do Código Civil.

Entretanto, há uma reestruturação total da ordem de vocação hereditária, de tal sorte que podemos afirmar a chegada de uma nova ordem de vocação hereditária.

O projeto prevê a manutenção das quatro classes de herdeiros, mas com a retirada de herdeiros da primeira, segunda e terceira classes, bem como alteração das regras e regulamentação de todas as quatro classes de herdeiros.

Além do mais, os herdeiros, em especial o cônjuge ou companheiro(a) sobrevivente passaram a ter um tratamento diminuído, em comparação às suas situações

da legislação em vigor, bem como perderam o *status* de herdeiro necessário. O projeto prefere a expressão de recebimento da herança por direito próprio ou por representação.

Passaremos, pois, a examinar em cada classe de herdeiros a regulamentação nova conforme o projeto de alteração do Código Civil, em comparação com a atual legislação em vigor.

Antes da análise dessas alterações da ordem de vocação hereditária, cumpre destacar ainda outras alterações previstas pelo projeto no direito sucessório a impactar a sucessão legítima.

A cessão de direitos hereditários pode ocorrer por instrumento particular pelo projeto, e não mais apenas por escritura pública como é atualmente, nos termos do art. 1.793 na nova redação.

Foi mantido o direito de preferência do coerdeiro na aquisição dos bens do monte mor, conforme art. 1.795 do projeto.

Além do mais, há preferência, com as alterações, na utilização do inventário extrajudicial. Apesar da utilização da expressão “preferencialmente”, não há exclusão do inventário judicial, mesmo que todos os herdeiros sejam capazes e concordes na divisão da herança (art. 1.796 do projeto).

Foi incluído no código a possibilidade de solicitação de alvará se o patrimônio não ultrapassa 100 (cem) salários-mínimos, bem como valores de PIS/PASEP, verbas trabalhistas, dentre outras, conforme art. 1.796, § 1º do projeto, independentemente de inventário.

Havendo herdeiro ou interessado incapaz, sempre há a intervenção do Ministério Público, conforme art. 1.796, § 3 do projeto. O alvará que afasta a utilização do inventário, ou seja, alvará independente, exige a concordância do curador e “participação do Ministério Público”, havendo interesse de incapaz, nos termos do art. 1.796, §§ 2º e 4º do projeto. Melhor seria se houvesse a previsão de concordância do Ministério Público.

Nesse passo, deveria ter sido incluído, também, a existência de interesse de nascituro, conforme assim o faz o Código de Processo Civil.

Na vocação hereditária, destacamos que o art. 1.798, com a nova redação do projeto, prevê que além das pessoas vivas e dos nascituros, também os “filhos do autor da herança gerados a qualquer tempo por técnica de reprodução humana assistida”,

estabelecendo prazo de 05 (cinco) anos da abertura da sucessão para a concepção. Melhor seria se a previsão fosse de 10 (dez) anos, coadunando-se com o prazo da ação de petição de herança. Para a reprodução assistida *post mortem* haverá necessidade de autorização do autor da herança por instrumento público ou testamento, caso contrário, não será permitida a utilização do material genético após a morte.

No capítulo da aceitação e renúncia da herança, destacamos que passa a ser irrevogável apenas a renúncia.

Na exclusão da sucessão, anotamos que as hipóteses de indignidade são em maior número, em especial com a previsão dos crimes dolosos e atos infracionais dolosos a permitir o reconhecimento da indignidade. Além do mais, o Ministério Público passou a ter legitimidade para ajuizar ações de indignidade nos crimes de ação penal pública incondicionada, nos termos da nova redação do art. 1.815 pelo projeto. Cumpre destacar, ainda, que o indigno passa a perder, também, outros direitos, tais como seguro de vida e benefício previdenciário.

Na herança jacente e vacante, destacamos que a alteração do art. 1.822, na redação do projeto, prevê que os valores da herança vacante devem ser destinados para saúde, educação e assistência social, ou serão objeto de concessão de direito real de uso a entidades civis que comprovadamente tenham fins filantrópicos, assistenciais ou educativos, no interesse do Município, do Distrito Federal ou da União.

2.1 Primeira Classe de Herdeiros

A primeira classe de herdeiros, na legislação em vigor, possui os descendentes, além do cônjuge ou companheiro(a) sobrevivente de união estável como herdeiros.

Após decisão do E. Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral (Recurso Extraordinário 878.694/MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 10 de maio de 2017) (Informativo do STF 864), o companheiro ou companheira de união estável passou a ser tratado na ordem de vocação hereditária em igualdade de direitos e deveres do cônjuge supérstite.

Na atual regulamentação, os descendentes herdam em concorrência com o cônjuge ou companheiro(a) sobrevivente, dependendo do regime de bens do casamento ou da união estável, isto é, o cônjuge ou companheiro(a) sobrevivente irá, ou não, herdar,

na primeira classe, dependendo do referido regime de bens.

O projeto de lei altera totalmente essa posição do cônjuge ou companheiro(a) de união estável, pois exclui totalmente tanto o cônjuge como o companheiro(a) de união estável da primeira classe de herdeiros, de modo que permanecem apenas os descendentes do autor da herança. Aliás, o projeto passa a preferir a expressão convivente, em vez de companheiro(a), para se referir às pessoas em união estável.

Além do mais, o cônjuge e o convivente de união estável são retirados, como consequência, do rol dos herdeiros necessários do art. 1.845 do Código Civil. Assim, os herdeiros necessários passam a ser apenas os descendentes e os ascendentes.

2.2 Segunda Classe de Herdeiros

Na segunda classe de herdeiros, o cônjuge e o convivente também foram excluídos, ficando apenas os ascendentes. Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas, nos termos do art. 1.836, § 1º, do Código Civil, tal como já no Código em vigor, ou seja, o referido art. 1.836, § 1º, não teve sua redação alterada.

Destacamos a previsão sobre a multiparentalidade, apesar do projeto não fazer o uso dessa expressão. A nova redação do § 2º, do art. 1.836, do projeto de alteração do CC, prevê que “havendo igualdade em grau e diversidade em linha, a herança deverá ser dividida em tantas linhas quantos sejam os ascendentes chamados à sucessão” (g.n). Resta saber qual deva ser a correta interpretação da expressão “linhas”.

A doutrina entende que “linhas” significam “linhas de ascendência paterna e materna” (PELUSO, p. 2241). Destarte, se o falecido deixou três pais e mães (v.g. dois pais e uma mãe), a herança será dividida em três partes, uma parte para cada linha paterna ou materna.

Pode, por outro lado, surgir a discussão se cada linha seria o ascendente do mesmo grau. Assim, se o falecido deixou dois pais e uma mãe (três pais e mães), mas os três já falecidos, mas deixou quatro avós, sendo um avô (ou avó) de cada pai ou mãe, mas dois avós de um dos pais. Como seria a divisão da herança? Uma opção seria simplesmente considerar o número de avós, dividindo a herança por quatro, isto é, entre os quatro avós. Outra opção de interpretação, que é a mais técnica, seria dividir a herança em três partes, ficando 1/3 para um avô, 1/3, para outro e o último 1/3 para os dois avós,

pais daquele pai (ou mãe) do falecido.

Anotamos, finalmente, que o art. 1.837 do Código Civil que prevê um terço da herança para o cônjuge ou companheiro, fica revogado, já que o cônjuge não mais figura entre os herdeiros na segunda classe, conforme mencionamos anteriormente.

2.3 Terceira Classe de Herdeiros

Na terceira classe de herdeiros permanecem apenas o cônjuge e o convivente de união estável, tal como temos na legislação em vigor, mas agora não mais no rol dos herdeiros necessários.

Desse modo, se o testador não possuir descendentes ou ascendentes, pode deixar bens em testamento para quem desejar, uma vez que a parte disponível da herança será a totalidade.

2.4 Quarta Classe de Herdeiros

Na falta de descendentes, ascendentes, cônjuge ou do companheiro(a) de união estável, a herança vai ser dividida entre os parentes colaterais que estão na quarta classe de herdeiros.

Aqui na quarta classe permanece a subdivisão, recebendo, na ordem: a) irmãos, b) sobrinhos, c) tios e, na falta de todos, d) parentes colaterais de quarto grau, quais sejam, primos-irmãos, sobrinhos-netos e tios-avós.

A distinção que havia entre irmãos bilaterais e irmãos unilaterais para fins de divisão da herança entre irmãos, é retirada do Código Civil, pelo projeto. Assim, independentemente se, e quantos irmãos germanos e unilaterais existam, a divisão é feita por igual, entre todos os irmãos e irmãs, revogando-se, pelo projeto, todos os parágrafos do art. 1.843 do Código Civil.

Nesse mesmo sentido a divisão entre os sobrinhos, na falta de irmãos. Não há mais distinção, pelo projeto, de sobrinhos, filhos de irmãos germanos, para sobrinhos, filhos de irmãos unilaterais. Todos os sobrinhos, com a aprovação do projeto, recebem por igual, independentemente se o genitor ou genitora é irmão ou irmã bilateral ou

unilateral.

Na falta de irmãos e sobrinhos, a herança será deferida aos tios e tias do autor da herança, em igualdade de condições, herdando por direito próprio, nos termos do art. 1.843, na nova redação do projeto.

Na falta de tios e tias, a herança ficará para os parentes colaterais de quarto grau, não havendo alteração quanto aos colaterais de quarto grau do que já existe na lei em vigor em comparação ao projeto. Dessa maneira, primos-irmãos, sobrinhos-netos e tios-avós herdam por direito próprio, sem distinção de quinhão.

O projeto mantém as normas jurídicas dos arts. 1.840 e 1.852 do CC que determina a existência de representação, na quarta classe de herdeiros, apenas e tão somente em favor dos filhos dos irmãos do falecido.

3. A SEPARAÇÃO DE FATO E A SITUAÇÃO DO CÔNJUGE E DO CONVIVENTE NAS TRÊS PRIMEIRAS CLASSES, NA REDAÇÃO DO ART. 1.830 DO CÓDIGO CIVIL NO PROJETO DE ALTERAÇÃO DO CÓDIGO

A doutrina e jurisprudência se pacificaram quanto à atual redação do art. 1.830 do Código Civil sobre a inexistência do direito à herança do cônjuge ou companheiro sobrevivente se o casal estava divorciado, separado judicialmente, separado extrajudicialmente, dissolvida a união estável ou se havia decisão judicial de separação de corpos. Tal entendimento deve permanecer com a nova redação do projeto.

Por outro lado, há importante alteração no que se refere à separação de fato, nos termos do art. 1.830 do Código Civil. A atual redação do art. 1.830 do Código Civil abre margem para profunda discussão doutrinária. Sinteticamente, podemos dizer que há duas posições sobre a interpretação do atual art. 1.830 do Código Civil:

- a) A primeira posição prevê a inconstitucionalidade parcial do referido artigo, permitindo a conclusão de que a separação de fato, desde que provada, extingue o direito à herança do cônjuge ou companheiro sobrevivente (nesse sentido, dentre outros, Flavio Tartuce e Rolf Madaleno);
- b) A segunda posição prevê a constitucionalidade do art. 1.830 em sua íntegra e, como consequência, determina o seguinte: Até dois anos de separação de fato, o direito à herança permanece; após dois anos de separação de fato, em

regra, não há direito à herança; após dois anos de separação de fato, excepcionalmente, se o cônjuge sobrevivente provar que não teve culpa pelo término do relacionamento, terá direito à herança (nesse sentido, dentre outros, Cesar Peluso e Mauro Antonini).

Há, hoje, posição do E. Superior Tribunal de Justiça no sentido da segunda posição doutrinária.

A sucessão do cônjuge separado de fato há mais de dois anos é exceção à regra geral, de modo que somente terá direito à sucessão se comprovar, nos termos do art. 1.830 do Código Civil, que a convivência se tornou impossível sem sua culpa.... Não tendo o cônjuge sobrevivente se desincumbido de seu ônus probatório, não ostenta a qualidade de herdeiro. (STJ, REsp 1.513.252/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 03.11.2015, DJe 12.11.2015)

Essa discussão irá terminar com a aprovação do projeto.

A nova redação do art. 1.830 adota a primeira posição doutrinária, apoiada por diversos doutrinadores, em especial do Instituto Brasileiro do Direito de Família, dentre eles, Cristiano Chaves, Nelson Rosendal, Flavio Tartuce, Rolf Madaleno, Paulo Lôbo, Zeno Veloso, Maria Berenice Dias, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, Francisco Cahali e José Fernando Simão, para determinar que somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge ou ao convivente sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados de fato, judicial ou extrajudicialmente.

Felizmente se adota uma posição firme, objetiva e clara, terminando com a discussão da culpa para fins de recebimento da herança, no caso de separação de fato.

4. A AMPLIAÇÃO DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO E OS ARTS. 1.831 E 1.832 DO CÓDIGO CIVIL NA REDAÇÃO DO PROJETO

O direito real de habitação será ampliado na redação do projeto.

O cônjuge e o convivente sobrevivente que residiam com o autor da herança ao tempo de sua morte, qualquer que seja o regime de bens e sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, relativamente ao imóvel que era destinado à moradia da família, desde que seja o único bem a inventariar, permanecerão com o direito real de habitação.

Importante ampliação se dá no § 1º do art. 1.831 do projeto, que prevê o direito

real de habitação para os descendentes incapazes ou com deficiência, bem como para os ascendentes vulneráveis, além das pessoas referidas no art. 1.831-A, *caput*, e seus parágrafos do Código Civil, quais sejam, as pessoas remanescentes da família não conjugal, podendo habilitar-se para esse direito os que demonstrarem o convívio familiar comum por prova documental, conforme anotação de “fato peculiar de sua vida civil, sem que isto lhe altere o estado pessoal, familiar ou político”, nos termos do art. 10, § 1º do projeto. O direito real de habitação será compartilhado por todos.

Cessa o direito quando qualquer um dos titulares do direito à habitação tiver renda ou patrimônio suficiente para manter sua respectiva moradia, ou quando constituir nova entidade familiar.

Anote-se, ainda, nova ampliação pelo art. 1.832 do Código Civil, que foi totalmente reescrito, concedendo direitos à pessoa que convivia e cuidava do falecido, determinando-se que o herdeiro com quem comprovadamente o dono da herança conviveu, e que não mediu esforços para praticar atos de zelo e de cuidado em seu favor, durante os últimos tempos de sua vida, se concorrer à herança com outros herdeiros, com quem disputa o volume do acervo ou a forma de partilhá-lo, terá direito de ter imediatamente, antes da partilha, destacado do monte mor e disponibilizado para sua posse e uso imediato, o valor correspondente a 10% (dez por cento) de sua quota hereditária; bem como se forem mais de um os herdeiros nas condições previstas no *caput* do art. 1.832 do CC, igual direito lhes será garantido de receber os 10% (dez por cento) de sua quota hereditária. Caso não seja possível a aplicação desses direitos, é concedido direito real de habitação a essas pessoas, nos termos do art. 1.832, III do projeto do CC.

A garantia anterior para o cônjuge de um quarto da herança prevista na redação do Código Civil, no art. 1.832, fica revogada, até porque o cônjuge e o convivente não mais são herdeiros em concorrência com os descendentes do falecido.

Cumpram-se ainda destacar o risco de discussões intermináveis entre os entes familiares, se uma pessoa irá, ou não, ser considerada pessoa com “fato peculiar de sua vida civil, sem que isto lhe altere o estado pessoal, familiar ou político”, nos termos do art. 10, § 1º do Projeto.

5. POSSIBILIDADE DE DESTINAR ATÉ ¼ (UM QUARTO) DA LEGÍTIMA A HERDEIROS VULNERÁVEIS OU HIPOSSUFICIENTES (NOVA REDAÇÃO DO ART. 1.846 DO CC).

O projeto prevê, em sua nova redação do art. 1.846 do CC, que o testador poderá destinar até um quarto da legítima a descendentes e ascendentes que sejam considerados vulneráveis ou hipossuficientes. Nesse sentido, exclui dos demais herdeiros até um quarto da legítima apenas para os herdeiros nessas condições.

Cumpra discutir se haverá necessidade de intervenção do Ministério Público no inventário, em razão da hipossuficiência ou vulnerabilidade sempre, ou apenas se há interesse de incapaz ou nascituro.

Além do mais, abrir-se-á a possibilidade dos demais herdeiros discutirem se os herdeiros contemplados obedecem ao requisito de vulnerabilidade ou hipossuficiência, sob pena de nulidade da cláusula testamentária.

6. DIREITO REAL DE USUFRUTO PARA CÔNJUGE OU CONVIVENTE

É possível o Juízo, além do direito real de habitação, instituir direito real de usufruto para o cônjuge ou convivente sobre determinados bens da herança para garantir a subsistência do cônjuge ou convivente sobrevivente com insuficiência de recursos ou de patrimônio. Esse direito irá cessar no momento em que o usufrutuário tiver renda ou patrimônio suficiente para manter sua subsistência ou quando constituir nova entidade familiar.

Outro risco temos na interpretação dos §§ 1º e 2º do art. 1.850 do projeto do CC em termos discussões intermináveis sobre o que seja “patrimônio suficiente para manter sua subsistência”.

7. DIREITOS DIGITAIS NA HERANÇA

Os direitos e bens digitais foram incluídos no projeto de alteração do Código. Os

bens digitais de valor economicamente apreciável, integram a herança, tais como “senhas, dados financeiros, perfis de redes sociais, contas, arquivos de conversas, vídeos e fotos, arquivos de outra natureza, pontuação em programas de recompensa ou incentivo e qualquer conteúdo de natureza econômica, armazenado ou acumulado em ambiente virtual, de titularidade do autor da herança”, nos termos do art. 1.791-A do projeto de alteração do Código Civil.

Os direitos da personalidade e eficácia civil dos direitos fundamentais que não possuam conteúdo econômico, devem observar as regras do capítulo do Código Civil sobre os direitos da personalidade, bem como o disposto no Livro de Direito Civil Digital.

As mensagens privadas do autor da herança difundidas ou armazenadas em ambiente virtual não podem ser acessadas por seus herdeiros, salvo disposição de última vontade e preservado o sigilo das comunicações. Destarte, o projeto protege e garante as mensagens particulares enviadas e recebidas antes do falecido pelo autor da herança.

O compartilhamento de senhas, ou de outras formas para acesso a contas pessoais, serão equiparados a disposições negociais ou de última vontade, para fins de acesso dos sucessores do autor da herança.

Por autorização judicial, o herdeiro poderá ter acesso às mensagens privadas do autor da herança, quando demonstrar que, por seu conteúdo, tem interesse próprio, pessoal ou econômico de conhecê-las, nos termos do novo art. 1.791-B do projeto.

Os bens de titularidade digital devem ser incluídos no inventário judicial ou extrajudicial pelo inventariante ou por qualquer herdeiro (novo art. 1.791-C do projeto).

CONCLUSÃO

1. Havendo herdeiro ou interessado incapaz, sempre há a intervenção do Ministério Público, conforme art. 1.796, § 3º do projeto. Nesse passo, deveria ter sido incluído, também, a existência de interesse de nascituro, conforme assim o faz o Código de Processo Civil.

2. Na vocação hereditária, destacamos que o art. 1.798, com a nova redação do projeto, prevê que além das pessoas vivas e dos nascituros, também os “filhos do autor da herança gerados a qualquer tempo por técnica de reprodução humana assistida”, estabelecendo prazo de 05 (cinco) anos da abertura da sucessão para a concepção. Melhor

seria se a previsão fosse de 10 (dez) anos, coadunando-se com o prazo da ação de petição de herança.

3. Para a reprodução assistida *post mortem* haverá necessidade de autorização do autor da herança por instrumento público ou testamento. Caso contrário, não será permitida a utilização do material genético após a morte.

4. Na exclusão da sucessão, anotamos que as hipóteses de indignidade são em maior número, em especial com a previsão dos crimes dolosos e atos infracionais dolosos a permitir o reconhecimento da indignidade. Além do mais, o Ministério Público passou a ter legitimidade para ajuizar ações de indignidade nos crimes de ação penal pública incondicionada, nos termos da nova redação do art. 1.815 pelo projeto. Cumpre destacar, ainda, que o indigno passa a perder, também, outros direitos, tais como seguro de vida e benefício previdenciário.

5. O projeto de lei altera totalmente a posição do cônjuge ou companheiro(a) de união estável, pois exclui totalmente tanto o cônjuge como o companheiro(a) de união estável da primeira classe de herdeiros, de modo que permanecem apenas os descendentes do autor da herança.

6. O cônjuge e o convivente de união estável, pelo projeto, são retirados do rol dos herdeiros necessários.

7. Na segunda classe de herdeiros o cônjuge e o convivente também foram excluídos da ordem de vocação hereditária, ficando apenas os ascendentes.

8. Na segunda classe de herdeiros, a nova redação do § 2º, do art. 1.836, do projeto de alteração do CC, prevê que “havendo igualdade em grau e diversidade em linha, a herança deverá ser dividida em tantas linhas quantos sejam os ascendentes chamados à sucessão” (g.n). A doutrina entende que “linhas” significam “linhas de ascendência paterna e materna”. Destarte, se o falecido deixou três pais e mães (v.g. dois pais e uma mãe), a herança será dividida em três partes, uma parte para cada linha paterna ou materna.

9. Na terceira classe de herdeiros permanecem apenas o cônjuge e o convivente de união estável, tal como temos na legislação em vigor, mas agora não mais no rol dos herdeiros necessários. Sendo assim, se o testador não possuir descendentes ou ascendentes, pode deixar bens em testamento para quem desejar, uma vez que a parte disponível da herança será a totalidade.

10. A nova redação do art. 1.830 adota a primeira posição doutrinária, apoiada por diversos doutrinadores, em especial do Instituto Brasileiro do Direito de Família, para determinar que somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge ou ao convivente sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados de fato, judicial ou extrajudicialmente. Felizmente adota-se uma posição e termina-se com a discussão da culpa para fins de recebimento da herança, no caso de separação de fato.

11. Não há mais distinção, pelo projeto, de sobrinhos, filhos de irmãos germanos, para sobrinhos, filhos de irmãos unilaterais. Assim, todos os sobrinhos sempre herdam por igual.

12. Na falta de irmãos e sobrinhos a herança será deferida aos tios e tias do autor da herança, em igualdade de condições, herdando por direito próprio, nos termos do art. 1.843 na nova redação do projeto. Na falta de tios e tias, a herança ficará para os parentes colaterais de quarto grau, não havendo alteração quanto aos colaterais de quarto grau do que já havia na legislação antes do projeto.

13. O projeto mantém as normas jurídicas dos arts. 1.840 e 1.852 do CC que determina a existência de representação, na quarta classe de herdeiros, apenas e tão somente em favor dos filhos dos irmãos do falecido.

14. O cônjuge e o convivente sobrevivente que residia com o autor da herança ao tempo de sua morte, qualquer que seja o regime de bens e sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, relativamente ao imóvel que era destinado à moradia da família, desde que seja o único bem a inventariar, permanecerão com o direito real de habitação.

Importante ampliação se dá pelo § 1º do art. 1.831 do projeto, que prevê o direito real de habitação para os descendentes incapazes ou com deficiência, bem como para os ascendentes vulneráveis, além das pessoas referidas no art. 1.831-A, *caput* e seus parágrafos do Código Civil, quais sejam, as pessoas remanescentes da família não conjugal, podendo habilitar-se para esse direito os que demonstrarem o convívio familiar comum por prova documental, conforme anotação de “fato peculiar de sua vida civil, sem que isto lhe altere o estado pessoal, familiar ou político”, nos termos do art. 10, § 1º do projeto. Cumpre destacar o risco de discussões intermináveis entre os entes familiares se uma pessoa irá, ou não, ser considerada pessoa nessas condições.

15. O projeto prevê, em sua nova redação do art. 1.846 do CC, que o testador poderá destinar até um quarto da legítima a descendentes e ascendentes que sejam

considerados vulneráveis ou hipossuficientes. Abrir-se-á a possibilidade dos demais herdeiros discutirem se os herdeiros contemplados obedecem ao requisito de vulnerabilidade ou hipossuficiência, sob pena de nulidade da cláusula testamentária.

16. É possível o Juízo, além do direito real de habitação, instituir direito real de usufruto para o cônjuge ou convivente sobre determinados bens da herança para garantir a subsistência do cônjuge ou convivente sobrevivente com insuficiência de recursos ou de patrimônio.

Outro risco temos na interpretação dos §§ 1º e 2º do art. 1.850 do projeto do CC em termos discussões intermináveis sobre o que seja “patrimônio suficiente para manter sua subsistência”.

17. Os direitos e bens digitais foram incluídos no projeto de alteração do Código. Os bens digitais de valor economicamente apreciável, integram a herança, tais como “senhas, dados financeiros, perfis de redes sociais, contas, arquivos de conversas, vídeos e fotos, arquivos de outra natureza, pontuação em programas de recompensa ou incentivo e qualquer conteúdo de natureza econômica, armazenado ou acumulado em ambiente virtual, de titularidade do autor da herança”, nos termos do art. 1.791-A, a ser incluído pelo projeto de alteração do Código Civil.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. *Código Civil Alemão*. Traduzido por Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1960. (Biblioteca de Legislação Estrangeira).

ALMEIDA, José Luiz Gavião de Almeida. *Código Civil Comentado*. Coord. Álvaro Villaça Azevedo, São Paulo: Atlas, 2003. vol. XVIII.

AMORIM, Sebastião Luiz. *Código Civil Comentado*. Coord. Álvaro Villaça Azevedo, São Paulo: Atlas, 2004. vol. XIX.

ARGENTINA. *Código Civil de La Republica Argentina*. Buenos Aires: Zavalia, 1995.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Sucessões*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários ao Código Civil*. Coord. António Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 19.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. Lei Federal n. 8.069, de 13 de julho de 1990. ECA.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso Avançado de Direito Civil: Direito das Sucessões*. Coord. Everaldo Cambler. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. vol. 6.

CHILE. *Código Civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999.

COMEL, Wilson J. Cônjuge Sobrevivente, Herdeiro Concorrente. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 820/50.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. Sucessão do Cônjuge Sobrevivente no Código Civil. *Tese de Doutorado*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2003.

DINIZ, Maria H. *Curso de Direito Civil Brasileiro - Direito das Sucessões*. Vol.6. 38. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024.

FACHIN, Luiz Edson; RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2003. vol. XV.

FRANÇA. *Código Napoleão ou Código Civil dos Franceses*. Traduzido por Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1962. (Biblioteca de Legislação Estrangeira).

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga. *Novo Curso de Direito Civil - V. 7 - Direito das Sucessões*. 12. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025.

GARCIA, Cristiano Pereira Moraes. *O Direito à Herança no Novo Código Civil*. Campinas: CS Edições Ltda. 2005.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. Coord. Edvaldo Brito, Atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria, 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos R. *Direito Civil Brasileiro - Direito das Sucessões*. Vol.7. 18. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024.

CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coords.). *Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria F N.; SANTOS, Romualdo Baptista dos. *Direito civil: estudos*. São Paulo: Editora Blucher, 2018.

ITÁLIA. *Código Civil Italiano*. Traduzido por Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1961. (Biblioteca de Legislação Estrangeira).

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil: Do Direito das Sucessões*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, vol. XXI. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional* - Coleção Esquematizado. 28. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Comentado*. Coord. Álvaro Villaça Azevedo, São Paulo: Atlas, 2003. vol. XVI.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Sucessões*. São Paulo: Saraiva Jur, 2025.
- LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito Civil Constitucional*. Guarulhos: Max Limonad, 1999.
- MADALENO, Rolf. *Sucessão Legítima*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 40. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2024.
- NETO, Inácio de Carvalho. A Sucessão do Cônjuge e do Companheiro no Novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 803/11.
- NETTO, Domingos Franciulli. Das Relações de Parentesco. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coords.). *Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2003.
- OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana. *Tratado De Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952.
- OLIVEIRA, Euclides de. *Ordem da Vocação Hereditária na Sucessão Legítima: Análise Crítica e Proposta de Mudanças. Tese de Doutorado*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004.
- OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. *Inventário e Partilha*. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.
- OLIVEIRA, Euclides de; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Do Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenica (Coords.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFam, 2003.
- PELUSO, Cesar (Coord.). *Código Civil Comentado*. São Paulo: Manole, 2024.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 15. ed. Atual. Carlos Roberto Barbosa Moreira, Rio de Janeiro: Forense, 2004. vol. VI.
- PEREIRA, Sérgio Gischkow. O Direito de Família e o Novo Código Civil: Principais Alterações. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 804/43.
- PLANIOL, Marcel. *Traité Élémentaire de Droit Civil*. 6. ed. Paris: Librairie Générale de Droit e Jurisprudence, 1913. vol. 3.
- PORTUGAL. *Código Civil Português*. Coimbra: Almedina, 1998.

- REALE, Miguel. *Estudos Preliminares do Código Civil*. São Paulo: RT, 2003.
- RODRIGUES, SILVIO. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 7.
- SIDOU, J. M. Othon. *Sobre o Novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- SIDOU, J. M. Pertinências e Impertinências no Novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda;
- CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coords.). *Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2003.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Atual. Nagib Slaibi Filo e Geraldo Magela Alves. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- SIQUEIRA, Ana Luisa Porto Borges de. *A Sucessão do Cônjuge no Novo Código Civil*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2003.
- SOUZA, Orlando de. *Inventário e Partilha*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- SUIÇA. *Código Civil Suíço e Código Federal Suíço das Obrigações*. Traduzido por Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1961. (Biblioteca de Legislação Estrangeira).
- TARTUCE, Flavio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense (Gen), 2025.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil - Direito das Sucessões - Vol. 6 – 25. ed*. Rio de Janeiro: Atlas, 2025.

PRIMEIRAS ANOTAÇÕES SOBRE O PROJETO DE NOVO CÓDIGO CIVIL, NO ÂMBITO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Isabella Ripoli Martins

Procuradora de Justiça Cível do Ministério Público do Estado de São Paulo, com atuação na área de família e sucessões.

“(…) Todos nascemos filhos de mil pais e de mil mães, e a solidão é sobretudo a incapacidade de ver qualquer pessoa como nos pertencendo, para que nos pertença de verdade e se gere de um cuidado mútuo. Como se os nossos mil pais e mais as nossas mil mães coincidissem em parte, como se fôssemos por aí irmãos, irmãos uns dos outros. Somos o resultado de tanta gente, de tanta história, tão grandes sonhos vão passando de pessoa a pessoa, que nunca estaremos sós (...)”. (MÃE, Valter Hugo, “O filho de mil homens”, 2ª ed., São Paulo, Biblioteca Azul, 2016, págs. 204/205).

1.Introdução:

Esse artigo foi elaborado com base no Relatório Final da Comissão de Juristas para a Revisão e Atualização do Código Civil de 2002, entregue ao Senado Federal em abril de 2024, com foco no livro referente ao Direito das Famílias.

A Comissão de Juristas que redigiu o Projeto foi criada pelo Senador Rodrigo Pacheco em 4 de setembro de 2023, tendo sido composta pelo Ministro Luis Felipe Salomão, como Presidente, e pelo Ministro Marco Aurélio Belizze, como Vice-Presidente (ambos do Superior Tribunal de Justiça), pelos Doutores Flávio Tartuce e Rosa Maria de Andrade Nery, como Relatores, além de ter sido integrada por importantes nomes do cenário nacional¹, destacando-se pela primeira vez houve a participação

¹ Drs. MARCO BUZZI, MARIA ISABEL DINIZ GALLOTTI RODRIGUES, CESAR ASFOR ROCHA, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, ANGELICA LUCIA CARLINI, CARLOS EDUARDO ELIAS DE OLIVEIRA, CLAUDIA LIMA MARQUES, DANIEL CARNIO, EDVALDO BRITO, FLAVIO GALDINO, GISELDA MARIA FERNANDES HIRONAKA, GUSTAVO JOSÉ MENDES TEPEDINO, JOSÉ FERNANDO SIMÃO, LAURA PORTO, MARCELO DE OLIVEIRA MILAGRES, MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO, MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO, MARIO LUIZ DELGADO RÉGIS, MARIA BERENICE DIAS, MOACYR LOBATO DE CAMPOS FILHO, NELSON ROSENVALD, PABLO STOLZE GAGLIANO, PATRÍCIA CARRIJO, PAULA ANDREA FORGIONI, RODRIGO DE BITTENCOURT MUDROVITSCH, RICARDO CAMPOS, CARLOS ANTONIO VIEIRA FERNANDES FILHO, CARLOS EDUARDO PIANOVSI RUZYK, MARIA CRISTINA PAIVA

feminina na revisão do Código Civil, o que constitui um marco.

O objetivo desse trabalho é de uma análise breve, muitos institutos demandarão aprofundamento teórico e doutrinário em outros de maior porte. Além do que, a reflexão sobre o texto do Projeto sempre permitirá novas interpretações, como é natural da ciência do direito.

Cumprir observar que não se trata de uma nova lei, e sim de atualização, que incorpora decisões do Poder Judiciário e entendimentos defendidos pela doutrina civilista à codificação vigente, ou seja, não há uma reinvenção dos institutos, e sim, um aperfeiçoamento dos que já existem. Há melhorias, mas de outra banda, alguns temas ainda não ingressaram no texto legal, sinalizando que avanços muito radicais (mesmo que desejáveis) encontrariam barreiras ainda intransponíveis no cenário nacional. De uma ou outra forma, a despeito da tramitação célere, em temas mais sensíveis, os debates foram intensos.

Há alguns propósitos na revisão legislativa, como o de trazer maior segurança jurídica sobre certas matérias, dar maior visibilidade a outras que constam de legislações e leis esparsas, uma preocupação com uma mudança de linguagem (ainda que em alguns pontos ainda mereçam correção), além da busca de uma desjudicialização, aumentando-se o leque de atribuições dos Cartórios Extrajudiciais, como por exemplo, para o divórcio impositivo, os acordos de divórcio e de dissolução de união estável, inclusive com filho menores, para a tomada de decisão apoiada.

A atualização, a par disso, decorre do fato de que, conquanto o Código Civil vigente seja do ano de 2002, ele já nasceu envelhecido, dada a tramitação de seu projeto que se alongou por anos, sem que se tivesse prestado muita atenção às mudanças que já irrompiam na sociedade civil naquela época.

Por conta disso, recomendamos que a leitura dos diversos dispositivos ocorra sob uma ótica favorável, de aperfeiçoamento do arcabouço jurídico nacional, dentro do que se mostra possível em termos de mudanças, sem embargo de o projeto impulsionar debates no âmbito da comunidade jurídica e da sociedade (com críticas ora positivas, no sentido de institutos que não foram incorporados ou permanecem invisibilizados, ora fortemente negativas, muitas delas, respeitosamente, que parecem terem sido feitas de forma aleatória e sem atentar de forma científica ao teor da lei cuja revisão se pretende). Na elaboração do projeto, há pontos nos quais consta dupla proposta de redação, como se

SANTIAGO, ESTELA ARANHA, PROFESSOR DIERLE JOSÉ COELHO NUNES. (consulta <https://legis.senado.leg.br/atividades/comissao/2630/composicao>).

destacará ao longo desse trabalho, por conta de não se ter alcançado um ponto comum.

E, quanto a isso, vale salientar que a primeira dupla proposta diz respeito ao próprio nome do Livro IV, que na versão apresentada pela Relatora Rosa Maria Nery, foi indicado como sendo “*Direito de Família*” e na do Relator Flávio Tartuce, como sendo “*Direito das Famílias*”.

De um lado, busca-se a expressão clássica desse ramo de direito – “de Família”. De outro, a intenção é de enfatizar a pluralidade de famílias que merecem estar sob o guarda-chuva da proteção legal, independentemente de sua formação, evitando-se qualquer forma de discriminação.

E, a fim de propiciar ao Código Civil, nesse Livro, uma estrutura mais moderna e consentânea com a sociedade atual, retirou-se, na redação do projeto, a anterior supremacia e prioridade que era dada ao casamento como forma de constituição da família (família matrimonializada), para dar destaque ao tema das famílias em si próprias, desde a sua constituição, que deveria começar por um responsável planejamento familiar (o que, bem se sabe, nem sempre ocorre, a despeito de amplas campanhas sobre o tema, e acesso aos meios de contracepção pela sistema de saúde), pela proteção da vida em formação, ou pelos embriões criopreservados, passando para uma análise das suas mais variadas formas, na tentativa de se garantir, pelo Estatuto Civilista, a mais ampla proteção possível nessa esfera de direito privado. Analisa-se então o parentesco, em suas mais diversas causas e origens, abrindo-se espaço para a socioafetividade e a multiparentalidade. Somente depois é que são abordados o casamento e a união estável, agora colocados lado a lado, na maior equiparação possível dos institutos, tratados em unicidade no que concerne à eficácia, ao regime de bens, à dissolução. Segue-se para questões atinentes à filiação, ao exercício da convivência com os filhos, da autoridade parental, da administração dos bens, partindo então o projeto, finalmente, para a análise do instituto da tutela e da curatela - com inclusão da diretiva antecipada de curatela, e da tomada de decisão apoiada, instituto que se busca viabilizar no Projeto também pela via extrajudicial, mas que na prática, ainda patina na sua perfeita compreensão e adoção nas hipóteses em que isso se justifica.

Essa mudança de eixo e de estruturação do livro merece ser aplaudida, posto que, no Direito das Famílias hodierno, deve ser dada especial proteção às famílias, qualquer que seja a origem de sua formação, respeitando-se sua pluralidade e diversidade, e princípios tão caros como da privacidade, da autonomia da vontade, da responsabilidade, com todos os reflexos que decorrem da comunhão formada, que abrangem não só

aspectos patrimoniais, mas principalmente de ordem pessoal, alguns deles diretamente ligados ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e porque não dizer, à própria busca de proteção e de realização de uma felicidade pessoal.

A divisão dos títulos permanece como no Código Civil atual, constando dois, o Título I, referente ao Direito Pessoal (Subtítulo I – Do Direito de Constituir Família, Subtítulo II – Da Filiação), passando para o Título II, referente ao Direito Patrimonial (Subtítulo I – Do Regime de Bens entre os Cônjuges e Conviventes, Subtítulo II – do Usufruto e da Administração dos Bens dos Filhos Menores, Subtítulo III – Dos Alimentos, Título IV² – Da tutela, da Curatela e da Tomada de Decisão apoiada). Há dentro dos subtítulos, divisão em vários capítulos.

Passamos à verificação dos tópicos do Projeto referente ao ramo do Direito das Famílias, expressão que se adota nesse texto, vez que joga luz sobre a diversidade e pluralidades das famílias, a serem analisadas sob o ângulo da privacidade, da intimidade, e da singularidade.

2.Do direito de constituir família:

O Título I (Do Direito Pessoal) traz o Subtítulo I, e descortina, como já antecipado acima, as disposições gerais referentes ao planejamento familiar³, como de livre decisão do casal, atribuindo ao Estado propiciar recursos financeiros e educacionais, vedando (na esteira de dispositivos constitucionais, e em tema que, desafortunadamente, sempre volta à baila), qualquer forma de coerção, por parte de instituições privadas ou públicas, contra quem queira exercer esse direito (artigo 1.511-A do Projeto).

A seguir, no §1º está disposto que a potencialidade de vida humana pré-uterina ou uterina é expressão da dignidade humana, e de paternidade e maternidade responsável, resguardando-se, ainda, ao âmbito da intimidade familiar o cuidado físico e psíquico que deva ser dar à mulher gestante ou que pretenda engravidar.

Passa-se, então, ao artigo 1.511-B, e seus parágrafos, para disposições quanto à formação da família, que se dá, em conformidade com o texto, por vínculo conjugal ou não conjugal, pelo casamento, pela união estável (famílias conjugais), ou também pela família monoparental, composta por um ascendente e seu descendente (qualquer que seja

² Erro de redação, deve ser Subtítulo IV.

³ Em redação que repete os termos do §7º da Constituição Federal, e sem prejuízo, ainda, da Lei nº 9.263/1996.

a natureza da filiação), ou pelo convívio de pessoas sobre o mesmo teto, com compartilhamento de responsabilidades familiares e não apenas de caráter patrimonial. Essa última é a família nomeada pela doutrina como anaparental, ou seja, aquela na qual há coabitação convivencial, como por exemplo entre irmãos, madrasta e enteados, ou mesmo pessoas que não tenham laço de parentesco, tampouco finalidade sexual ou econômica, mas que comungam de laços de afeto e amparo, além de se apresentarem com publicidade e estabilidade, frise-se, não se prestando à definição de família uma república de estudantes, em que não há parentesco, nem intenção de formar família, havendo uma evidente impermanência.

Vide que o artigo em questão se compatibiliza com o teor do artigo 226, §3º, da Constituição Federal⁴, a partir do correto entendimento doutrinário no sentido de que “*o rol da previsão constitucional não é taxativo, estando protegida toda e qualquer entidade familiar, fundada no afeto, esteja, ou não, contemplada expressamente na dicção legal*”⁵.

Estabelece-se pelo Projeto que membros da família não conjugal podem declarar, em conjunto, por escritura pública, a assunção de corresponsabilidades pessoal e patrimonial entre seus membros, inclusive de caráter previdenciário (a analisar o cabimento, tendo em vista impactos econômicos ao Estado), com a averbação dessa declaração nos respectivos assentos de nascimento, na forma do artigo 10 do Código Civil (§3º artigo 1.511-B), isso sem prejuízo de se estabelecer que a existência da família não conjugal, por si só (sem a necessidade de escritura) cria obrigações comuns e recíprocas de suporte de sobrevivência e de sustento dos que dividem a mesma morada (§4º do artigo 1.511).

No artigo seguinte, entre outras disposições, estende-se indiretamente às famílias não conjugais e a quem vive sozinho (artigo 1.511 – C) - aí se considerando a pessoa solteira, separada ou viúva, a proteção pessoal que a lei destina às famílias conjugais e ao seu patrimônio mínimo, incorporando assim, ao texto legal, o entendimento oriundo da Súmula 364 do Superior Tribunal de Justiça (“*Constitui bem de família o único imóvel do devedor, ainda que celibatário o seu proprietário, e mesmo que não tenha por destinação à sua residência e/ou sua entidade familiar, ou ainda, que esteja alugado a*

⁴ Artigo 226 da Constituição Federal, §§3º e 4 - §3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. §4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunicada formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, “Curso de Direito Civil: famílias, 11ª ed. ver., e atual. – Salvador, Ed. Juspodivm, 2019, pág. 78.

terceiro”).

Há a proteção da gestante (reafirmação da proteção especial nessa fase de vida, vedando-se práticas tidas como de violência obstétrica, como por exemplo, de tratamento digno na gestação e no parto, na companhia de quem escolher).

Verifica-se, do capítulo em análise, uma elevada preocupação na proteção dos grupos familiares, nas variadas formas de suas constituições.

Não se fala diretamente nas famílias homoafetivas, tão presentes na sociedade, mas ainda com tantas barreiras discriminatórias a serem vencidas, tanto no mundo do direito, como também no real. Colocá-las em destaque serviria para a reafirmação de direitos que muitas vezes são negados para elas, visibilizando questões tão relevantes como da dupla maternidade ou paternidade, ao lado de outros vínculos (pluriparentalidade) que podem se formar por conta de recursos decorrentes do uso de métodos de reprodução assistida. De outra banda, configuraria, desafortunadamente, sério obstáculo para a aprovação do novo texto, que já encontra sérios opositores, por conta da má-compreensão da realidade social e das exclusões sociais existentes para grupos minoritários, em um Congresso Nacional nesse momento de forte viés conservador.

Não houve qualquer menção ou regulamentação da família coparental – aquela que se realiza através de um projeto entre duas pessoas, que manifestam a intenção de se tornarem pai e mãe, mas sem intenção de se ligarem afetivamente, muitas vezes nem sexualmente - que convencionam ter um filho, e o exercício de seus cuidados, mesmo que essas já sejam também uma realidade, em mais um arranjo familiar que se mostra algo diferente do que se acostumou como normativo.

Não se aborda a família multiespécie, mas os animais que integram os núcleos familiares receberam proteção no Projeto, primeiro, por constar da parte geral não só a afetividade que se manifesta nos cuidados com os animais que compõem o entorno sociofamiliar (artigo 19)⁶, com também para constar nessa mesma parte seção sobre os animais, como seres vivos sencientes e passíveis de proteção jurídica própria, em virtude da natureza especial (artigo 91-A), e, mesmo que considerados como bens até a vinda de lei especial, determinando seja considerada sua sensibilidade e natureza, com previsão de ajustes quanto às despesas de sua manutenção dos animais de companhia na hipótese

⁶ Artigo 19 do Projeto: “A afetividade humana também se manifesta por expressões de cuidado e de proteção aos animais que compõem o entorno sociofamiliar da pessoa, podendo dela derivar a legitimidade para a tutela correspondente desses interesses e pretensão reparatória de danos.”

de ruptura da vida conjugal ou convivencial⁷.

As famílias simultâneas continuam excluídas, salvo pequena menção (artigo 1.564 – E) quando se mencionam as uniões estáveis, tampouco há menção às uniões poliafetivas.

De uma ou outra forma, sendo a família um fato, o manto de proteção estabelecido pelo Código Civil sempre poderá se prolongar para abrigar outras formas que ela possa assumir, desde que estejam presentes certos requisitos para o seu reconhecimento.

3.Das pessoas na família:

Segue-se o capítulo II, intitulado no projeto como “*Das pessoas na família*” (não mais como “*Das relações de parentesco*” atual), aperfeiçoa-se a redação do artigo 1.593 do Código Civil⁸, para constar expressamente que o parentesco pode ser causa natural ou civil, natural se resultar da consaguinidade, ainda que mediante cessão temporária de útero, ou civil, decorrente da socioafetividade, da adoção ou da reprodução assistida que se utilize material genético de doador (artigo 1.512 – A).

Destaca-se na nova redação que os cônjuges ou conviventes, conquanto não sejam parentes, são definidos parceiros de comunhão de vida, por conta da relação conjugal ou convivencial (artigo 1.512 – G).

Ressalta-se no artigo 1.512 - G, parágrafo único que “*os filhos provindos de outros relacionamentos do cônjuge ou do convivente são enteados e desse fato não decorre, por si só e necessariamente, vínculo de filiação socioafetiva*”. Trata-se de preocupação exagerada do Projeto, tornando excepcional a filiação socioafetiva em relação a enteado – questão que somente na prática pode ser analisada.

Na redação do Projeto, eliminou-se a permissão que havia sido incluída no anteprojeto que o antecedeu, que permitia a inserção de adição ao nome do enteado do nome do padrasto ou da madrasta. Mas essa adição ainda se mostra possível nos termos da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73, artigo 57, §8º, se houver motivo justificável, concordância do padrasto ou da madrasta, sem prejuízo dos nomes de família.

O artigo 1.513 veda que qualquer pessoa, de direito público ou privado, interfira na comunhão de vida instituída pela família, em reforço ao já propalado princípio da

⁷ Artigo 1.566, §2º, do Projeto: “Igualmente devem ex-cônjuges e ex-conviventes compartilhar as despesas destinadas à manutenção dos animais de companhia, se pertencentes ao casal, aos filhos ou aos dependentes, bem como as despesas e encargos que derivam da manutenção do patrimônio comum”.

⁸ Art. 1.593 – “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consaguinidade ou outra origem”.

intimidade, privacidade e autonomia da vontade.

4.Do casamento:

O Projeto trata do casamento no Capítulo III, a partir do artigo 1.514 até o artigo 1.564, partindo de sua definição, impedimentos, causas impositivas da separação obrigatória de bens, habilitação, procedimento pré-nupcial, formas de celebração, provas, invalidade.

Sobreleva a redação do artigo 1.514 do texto, que incorpora na lei civil que o casamento se dá entre duas pessoas, livres e desimpedidas, sem mais exigir que se trate de um homem e de uma mulher.

O Projeto agrega à legislação codificada o casamento homoafetivo, que de longa data já ingressou no sistema jurídico, por força de decisão do Supremo Tribunal Federal, desde 2010 (no julgamento da ADI 4277 e ADPF 132), e posterior Resolução do Conselho Nacional de Justiça.

A aprovação dessa redação se mostra importante para a comunidade LGBTQIA+, permitindo uma maior validação das famílias homoafetivas (não só do casal, mas de seus membros), que conquanto legalizadas, ainda sofrem discriminações. Além de se constituir como incremento de civilidade e afirmação de Direitos Humanos para todos enquanto sociedade que tem no preâmbulo de sua Constituição Federal a garantia do direito à igualdade e à dignidade da pessoa humana, e que precisa prezar pela liberdade de orientação sexual.

Ainda que não se ignore que parte do Congresso Nacional dificulte a tramitação de outros projetos sobre essa temática (como o Projeto nº 580/2007 e seus oito projetos apensados) e que vez ou outra, tanto pior, ainda surjam propostas de lei que tentam proibir o casamento entre pessoas de mesmo sexo, certo é que no julgado do Supremo Tribunal Federal está expresso o princípio da vedação do retrocesso, o que sempre será uma trava constitucional para qualquer texto de lei que implique na supressão do direito ao casamento homoafetivo.

No mais, em se considerando que a nova redação em comento nada mais é do que uma necessária adaptação do Código Civil do que já vigora há doze anos, o único caminho possível é de sua aprovação, sob pena de a lei se mostrar arcaica e desatualizada. O Projeto nada inventa, só corrige. Não colide com o artigo 226 da Constituição Federal, há muito corretamente interpretado pelo Supremo Tribunal Federal à luz de outras garantias e

princípios constitucionais.

De outra banda, ao prever que o casamento se dá entre duas pessoas, reafirma-se a monogamia como regra para esse instituto.

Permanece como idade núbil mínima a de dezesseis anos (artigo 1.517), vedado o casamento denominado como “infantil”.

Quanto aos impedimentos (artigo 1.521 do Código Civil), são mantidos inalterados, salvo no que se refere a uma correção de redação e no que concerne ao impedimento de casamento de pessoas que vivem em união estável, remetendo-se assim à conversão, que incorpora o período de vida em comum, com todos os seus reflexos daí inerentes.

A obrigatoriedade do regime de separação de bens (do viúvo/a ou convivente que tiver filho com o falecido, quanto não fizer inventário ou der partilha dos bens, do divorciado ou o ex-convivente enquanto não houver partilha dos bens, do tutor ou o curador, enquanto não cessar a curatela, e não estiverem saldadas as contas), salvo dispensa judicial, fica mantida na proposta redação da Relatora Rosa Maria Nery, com redação divergente de autoria do Relator Flávio Tartuce, no sentido da revogação integral do artigo 1.523 do projeto.

Na habilitação do casamento, foi previsto que pode ser feita por meio físico ou virtual, ao Oficial do Cartório de Registro Civil, a quem incumbirá fazer buscas dos dados pessoais, do estado civil e da capacidade para o casamento, além da busca no sistema nacional de embriões, para verificação de eventual impedimento para o casamento (artigo 1.526 e 1.527).

Casamento por procuração persiste no Projeto (artigo 1.528) e surge a possibilidade de o casamento se realizar com o auxílio de apoiadores, na hipótese de estar o nubente sob o instituto da tomada de decisão apoiada, se assim o nubente o desejar, inclusive quanto à habilitação (artigo 1.529).

No procedimento de habilitação, há possibilidade de intervenção por meio virtual, além do físico, para a oposição de impedimentos (artigo 1.532).

Há sugestão de revogação do artigo 1.534 do Código, suprimindo-se assim a necessidade de portas abertas e duas testemunhas para o ato.

Quanto à suspensão da celebração do casamento se um dos nubentes se recusar à solene afirmação de vontade, declarar que está sob forte emoção ou de coação ou se demonstrar arrependido, há duas sugestões no projeto final – uma de supressão desse artigo, bem como do subsequente - artigos 1.537 e 1.538, (Flávio Tartuce), outro de

manutenção (Rosa Maria Nery), com melhora da redação.

O casamento religioso com efeitos civis é mantido pelo teor do artigo 1.542 – A, do Projeto.

Em relação às causas de anulação por erro essencial (artigo 1.557 do Projeto) e por coação – (artigo 1.558), há também dupla versão – de Rosa Maria Nery, mantendo-as, e de Flávio Tartuce, pela revogação, salientando-se que na medida em que o divórcio se mostra potestativo, cada vez mais se relega essas ações para casos bastante específicos, posto que ações anulatórias de casamento civil sempre se mostram exaustivas, algo vexatórias, e podem ser substituídas pela rápida dissolução do vínculo.

5. Da união estável:

Seguindo a nova disposição do Código Civil, o instituto é colocado logo após o casamento, no Capítulo IV, com uma maior regulamentação.

Está estabelecida no artigo 1.564 do Projeto, que dispõe que “*é reconhecida como entidade familiar a união estável entre duas pessoas, configurada pela convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família*”, permanecendo a redação do artigo 1.723 do Código Civil, salvo no que concerne a desnecessidade da diferenciação de sexo ou gênero, tema já superado pelo julgado do Supremo Tribunal Federal desde 2010, comentado acima, trazendo ao projeto o entendimento que já vigora desde então. Como já se disse acima quanto ao casamento, trata-se de mera correção da lei, diante do que já vigora há muito.

Possível que se configure a união estável entre pessoa que é casada, se se achar separada de fato do cônjuge ou anterior convivente, como já ocorre no direito atual, sem novidades.

O §2º do artigo 1.564, do Projeto, estabelece, pela versão Rosa Maria Nery, as mesmas causas para a imposição de regime de separação total de bens, nos moldes da redação do artigo 1.523 referente ao casamento, para as uniões estáveis que se queira formalizar com registro, Flávio Tartuce, pela não criação do referido parágrafo.

Discussão quanto às causas de separação total de bens nos moldes do artigo 1.523 do Projeto, na versão Rosa Nery no sentido de se manter, para as uniões estáveis que se queira formalizar com registro, Flávio Tartuce pela não criação do referido regime legal.

No artigo 1.564 – A, §3º, é expresso que pessoas menores de dezesseis anos não poderão constituir união estável, e que aquelas entre dezesseis e dezoito anos, só poderão

constituir união estável se emancipadas ou autorizadas por seus representantes legais. Vedada, assim, a união estável à semelhança do casamento denominado “infantil”, buscando-se também que a união estável de pessoas entre 16 e 18 anos obedeça ao mesmo regramento do casamento nessa faixa etária.

São criadas no projeto duas modalidades de união estável, uma registrada, criando um estado civil diverso, que deve ser declarada em todos os atos da vida civil, e que precisa ser publicizada. Outra, não registrada, que não estabelece novo estado civil, e cujos efeitos não podem ser opostos a terceiros, a não ser que tenham conhecimento formal do fato (artigo 9 e 10 do projeto) tampouco gera presunção de paternidade, o que é uma pena.

Unões paralelas e simultâneas – entre pessoas impedidas de se casar ou de constituir família - são reguladas pela proibição de enriquecimento sem causa (artigo 1.564 – E⁹), mas ficam sem proteção sucessória ou de alimentos. Todavia, no parágrafo único, consta proteção referente à moradia, se adquirida com o esforço comum, ainda que seja registrado somente no nome do parceiro impedido¹⁰.

Na união estável registrada, há a possibilidade de assunção do nome do convivente, bem como da averbação do óbito do convivente no caso de uniões estáveis registradas.

6.Da eficácia do casamento e da união estável:

Os direitos e deveres do casamento e da união estável se igualam, no artigo 1.566 e seguintes, assim como o procedimento para o divórcio ou a dissolução de união estável – o tratamento conjunto equipara os institutos.

Destaca-se a obrigação de compartilhar despesas com animais de companhia, se pertencentes ao casal, aos filhos e dependente, bem como das despesas e encargos do patrimônio comum (artigo 1.566, §2º), conforme já referido anteriormente, quando se comentou sobre a família denominada pela doutrina como multiespécie.

⁹ Artigo 1.564 – E do Projeto: “Se, no convívio, restarem indubitavelmente comprovados os fatos que poderiam ter por efeito o reconhecimento de união estável, não fosse por um dos parceiros impedido para o casamento, poderá o juiz proceder à partilha dos bens adquiridos neste período, observado o esforço comum.

¹⁰ Artigo 1.564, E, parágrafo único: “A pessoa não impedida para o casamento ou para a união estável não será deslocada de sua moradia se provar que o imóvel onde se instalou foi também adquirido com seu esforço, ainda que esteja registrado apenas em nome do parceiro impedido.”

Pelo artigo 426, §1º, do Projeto¹¹, é possível aos cônjuges, por pacto antenupcial, (agora denominado pacto conjugal) e aos conviventes, por meio de escritura pública, renunciar reciprocamente à condição de herdeiro do outro cônjuge ou convivente, sendo que nos termos do §3º, pode a renúncia ser condicionada, de forma não recíproca, à sobrevivência ou não de parentes sucessíveis de qualquer classe, bem como de outras pessoas, nos termos do artigo 1.829 do projeto. A renúncia não implica em perda do direito real de habitação, e será ineficaz em não havendo parentes sucessíveis. Esse dispositivo se repete no artigo 1.655 – B.

Pelo artigo 1.829 do Projeto, o cônjuge ou convivente deixa de ser herdeiro concorrente na primeira classe (I), passando a herdar somente em não havendo descendente ou ascendente, na terceira classe (III)¹².

O artigo 1.570 do Projeto menciona cônjuge ou convivente “*interditado judicialmente*”, quando mais adiante, o que se pretende é abolir o termo interdição, substituído pelo de curatela, inclusive pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), em uma aparente escorregadela de redação que merece revisão.

O artigo 1.571, §4º, estabelece que o falecimento de um dos cônjuges ou conviventes, depois da propositura da ação de divórcio ou de dissolução de união estável não enseja a extinção do processo, retroagindo os efeitos da sentença a data estabelecida na sentença como a do fim do convívio. Assim, os efeitos do divórcio poderão se projetar, retroativamente, mesmo na hipótese de falecimento.

O pedido de divórcio ou de dissolução de união estável se mantém como personalíssimo, mas alargando-se o teor do artigo 1.582 e seu parágrafo único, que se refere ao divórcio, para as hipóteses de dissolução do casamento ou da referida união estável em que o cônjuge ou convivente for incapaz, conferindo a legitimidade para a propositura ou a defesa da ação respectiva se estende ao ascendente, o descendente, o

¹¹ “Artigo 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva. §1º Os cônjuges podem, por meio de pacto antenupcial, e os conviventes, por meio de escritura pública de união estável, renunciar reciprocamente a condição de herdeiro do outro cônjuge ou companheiro; §2º A renúncia pode ser condicionada às hipóteses de concorrência com descendentes ou com ascendentes; §3º A renúncia pode ainda ser condicionada, ainda, à sobrevivência ou não de parentes sucessíveis de qualquer classe, bem como de outras pessoas, nos termos do artigo 1.829, não sendo necessário que a condição seja recíproca; §4º A renúncia não implica perda do direito real de habitação previsto no artigo 1931 deste Código, salvo expressa previsão dos cônjuges ou conviventes; §5º São nulas quaisquer outras disposições sucessórias que não as previstas nos parágrafos anteriores, sejam unilaterais ou bilaterais, ocorrendo em pacto antenupcial, instrumento público ou particular firmados por cônjuges ou conviventes; §6º A renúncia será ineficaz se, no momento da morte do cônjuge ou convivente, o falecido não deixar parentes sucessíveis, segundo a ordem de vocação hereditária.”

¹² Art. 1.829 do projeto: “A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – aos descendentes; II – aos ascendentes; III – ao cônjuge ou ao convivente sobrevivente; IV – aos colaterais até o quarto grau.

irmão, e agora também ao Ministério Público (o que não constava da lei anterior). Melhor seria atribuir a legitimidade não ao Ministério Público, posto que a atribuição colide com a sua atuação em havendo parte incapaz (artigo 178, II, do Código de Processo Civil), mas sim a um Curador especial a ser nomeado, ou à Defensoria Pública.

O artigo 1.577 do projeto possibilita o restabelecimento da sociedade conjugal, todavia, parece equivocada, na medida em que não mais subsiste a separação judicial no sistema.

Previsão no artigo 1.582 – A, do divórcio ou da dissolução de união estável unilateral registrada, em Cartório extrajudicial, através de advogado, com a notificação do outro cônjuge. Atualmente, o dito divórcio impositivo está obstado pelo teor da Recomendação 36/19, do Conselho Nacional de Justiça.

No Projeto, para a hipótese de divórcio ou dissolução de união estável impositiva não é possível ser cumulado nenhum outro pedido, como alimentos, arrolamento, guarda de filha, partilha de bens ou medidas protetivas.

Inserida a possibilidade de acordo extrajudicial prevendo cláusulas referentes aos filhos, se houver consenso, mediante prévia oitiva do Ministério Público se houver incapaz ou nascituro (artigo 1.582-B). Nessa hipótese, o Oficial encaminhará a minuta ao Ministério Público, para manifestação que deve se limitar ao interesse em questão. Em caso de discordância do Ministério Público, não será possível o divórcio ou a dissolução extrajudicial.

Por um lado, há um avanço nas medidas que se fazem possíveis nos cartórios extrajudiciais, o que inclusive já foi implementado pelo teor da Resolução 571 de 26 de agosto de 2024, pelo Conselho Nacional de Justiça.

De outro, uma preocupação relevante do Ministério Público no sentido de que seja possível a sua atividade fiscalizatória efetiva para que as cláusulas referentes aos interesses dos filhos menores ou dos incapazes. Essa preocupação inclui a questão da competência territorial, posto que se não for delimitada, poderá acarretar a escolha de um Cartório onde o entendimento do integrante ministerial seja mais flexível em relação a outras localidades.

A união estável sem registro precisa ser declarada e dissolvida judicialmente, como ocorre atualmente.

7.Da convivência entre pais e filhos e da autoridade parental:

Inicialmente, o artigo 1.583, no capítulo I, do Subtítulo II, que fala sobre a filiação, reafirma a responsabilidade conjunta dos pais em relação aos filhos, e as responsabilidades decorrentes da autoridade parental.

Redação inicialmente proposta estabelecia que a guarda seria sempre compartilhada, com responsabilidade parental conjunta. Em emenda, foi prevista a possibilidade de guarda unilateral, se reconhecida judicialmente que a convivência com o outro genitor possa comprometer o prejuízo saudável ou causar prejuízo à criança ou ao adolescente.

Prevaleceu entendimento mais conservador no projeto final, mantendo-se a guarda compartilhada como prioritária, com o adendo de “*sempre que possível*”, com previsão de prestação de contas e informações, e de direito de fiscalização do outro genitor.

O §5º do artigo 1.583 estabelece que a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos e, para possibilitar tal supervisão, indica que qualquer dos genitores sempre (destaca-se para o advérbio) será parte legítima para solicitar informações ou prestação de contas, em assuntos que direta ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. No que ainda segue o artigo 1.583 – A, do Projeto, no sentido da possibilidade de fiscalização da convivência experimentada pelo outro, tendo o direito de ser informado e de participar do processo de desenvolvimento pessoal e educacional de seus filhos.

Vide que o projeto prossegue na tentativa de conscientização dos pais que criem e eduquem os filhos de forma conjunta, como determina o poder familiar, independentemente da ruptura do par amoroso,

Reafirma-se a possibilidade de prestação de contas e informações sobre o filho, o que é tema sempre de acirrados debates nos Tribunais, posto que, se de um lado, o guardião unilateral pode efetivamente sonegar informações ou se recusa a trocar importantes informações, de outro essas ferramentas nem sempre se prestam aos fins que se destinam, mas a ocasionar indevidas pressões na parte adversa, em situações que podem se configurar abusivas, e prejudiciais às crianças e adolescentes.

O artigo 1.583 – A dispõe que, na falta de consenso sobre o exercício da convivência (não mais se fala em visitas, como há muito tempo a doutrina defende), o juiz pode estabelecer um plano de convívio para cada um dos pais, se o caso valendo-se de estudo técnico profissional feito por equipe multidisciplinar.

Consigna-se que a guarda será unilateral se foi reconhecido que a convivência conjunta pode comprometer o desenvolvimento saudável da criança ou do adolescente, se puder causar-lhe algum prejuízo ou se houver risco de violência doméstica ou familiar.

Há a possibilidade de o juiz determinar o acompanhamento psicológico dos genitores e dos filhos, nomeando mediador que possa estabelecer planejamento para o exercício compartilhado e sua execução. Mas são conhecidas as dificuldades dessas reavaliações no âmbito do Poder Judiciário, onde o setor técnico raramente consegue dar conta com celeridade do volume demandas de família, e por outro lado, o suporte particular ainda é reservado apenas para pessoas mais favorecidas economicamente.

Permanece a possibilidade de a guarda ser conferida a outro membro da família, que tenha boas relações com a criança ou o adolescente (artigo 1.583 – E, à semelhança, mas redação diversa, do artigo 1.584, §5º, do Código Civil atual).

Não mais se prevê, na primeira parte do artigo 1.589, o direito de visita do pai não guardião, decorrendo o seu convívio dos artigos anteriores.

O artigo 1.589 do Código Civil, ao estabelecer o convívio avoengo, adicionou à observância dos superiores interesses da criança ou do adolescente, que também se observem os interesses dos que “*exercem a autoridade parental*”.

Sublinha-se aqui o teor do artigo 1.590 do Projeto, que consigna que as disposições de convivência e à prestação de alimentos aos filhos que sejam crianças e adolescentes estendem-se aos maiores incapazes, no mesmo sentido do mesmo artigo 1.590 do Código Civil atual, com a extensão aos filhos com deficiência (mas aqui não se compreende o destaque, posto que ou se trata de criança ou adolescente, ou de filho capaz ou incapaz, caindo nas demais regras).

Observa-se que o que se verifica na prática forense é que o instituto da guarda compartilhada, que deveria ser uma realidade para as crianças, ainda depende de uma forte mudança de mentalidade e de posicionamento dos pais, a fim de que os filhos não sejam instrumentos de pressão para os mais vulneráveis, e o vetor de decisão, seja qual for a redação do texto legislativo, do Código Civil atual ou mesmo do projeto, segue sendo o da primazia do interesse da criança e do adolescente, de acordo com princípio prevalente da Constituição Federal.

Nada consta do projeto quanto à alienação parental, que continua regulamentada em lei própria, a qual, conquanto receba críticas por parcela de juristas que reputam o seu uso inadequado no sentido de deslegitimação usualmente materna, de outra banda, no âmbito do direito de família, continua sendo importante ferramenta para reprimir ou

impedir campanhas de desqualificação de um de seus genitores pelo outro, em detrimento do direito indisponível de convívio de uma criança ou de um adolescente com ambos os pais, bem como da proteção da saúde física e emocional dos menores de dezoito anos que ficam no meio de disputas excessivamente acirradas.

8.Do Reconhecimento de filhos:

O capítulo referente ao reconhecimento dos filhos (Capítulo II) é aberto pelo artigo 1.596 que, repetindo o artigo atualmente vigente, reconhece que os filhos, independentemente da origem, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, o que é um princípio basilar calcado na igualdade.

O artigo 1.597 do projeto traz importante avanço ao prever que presumem-se filhos não só os nascidos na constância do casamento, como também na união estável registrada, conforme o §1º do artigo 9º do referido projeto. A parte final do artigo, ao estabelecer que presumem-se filhos os nascidos ou concebidos “*durante o convívio de fato dos conviventes*” permite que se infira que, se comprovada a união (por via judicial), a presunção daí é consequência, dispensando perícia.¹³

Há a presunção de filiação na utilização de técnicas de reprodução assistida devidamente autorizadas, o que vem em boa hora (artigo 1.598 – A).

Ação para constituir ou desconstituir a paternidade ou a maternidade em linha reta compete aos ascendentes e aos descendentes, sem limites de grau ou linha, encerrando antiga discussão sobre a legitimidade, e se iniciada a ação para desconstituir a paternidade, morrer o autor, os herdeiros poderão continua-la, salvo se o processo for julgado extinto, não sendo a ação alcançada pela precisão ou decadência (artigo 1.606 e parágrafos)

No reconhecimento voluntário da filiação, abre-se um inciso no artigo 1.609 do Projeto, para nele constar que pode ocorrer por manifestação em veículos de comunicação, redes sociais ou outras espécies de mídia, inequivocamente documentada.

Quanto ao reconhecimento, embora no anteprojeto tenha constado a possibilidade de inclusão do nome do genitor que, apontado pela mãe, se recusar ao

¹³ Art. 1.597 do Projeto: “Presumem-se filhos dos cônjuges ou conviventes os nascidos ou concebidos na constância do casamento ou da união estável registrada, conforme o §1º do artigo 9º deste Código ou durante o convívio de fato dos conviventes.

reconhecido e ao exame de DNA, o texto final aprovado manteve o sistema atual no sentido de que se o suposto genitor não atender à notificação extrajudicial, ou se recusar a reconhecer a parentalidade, será necessária a propositura da ação, pelo Ministério Público, ou por quem tenha legítimo interesse. Aqui retoma-se o entendimento de que essa atribuição deve ser dada à Defensoria Pública.

A primeira parte do artigo 1.614 do Projeto mantém que o filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, mas prossegue, em sua segunda parte, com a inclusão de que *“os genitores biológicos têm o direito de fazer a prova da parentalidade caso tenham sido impedidos, por razões alheias à sua vontade de fazê-lo, quando logo de seu nascimento tenham sido arrebatados de seu convívio ou nunca tenham tido conhecimento de seu nascimento”*.

O artigo 1.615 do projeto estabelece que *“se contra pessoa casada ou que vive em união estável registrada ou declarada vier a ser ajuizada ação de reconhecimento de vínculo de paternidade, deverão ser cientificados da existência do processo seu cônjuge ou convivente”*.

Nos artigos seguintes, há a colocação no Projeto da socioafetividade, bem como a possibilidade de multiparentalidade, trazendo assim para a lei o que consta do Tema 622 do Supremo Tribunal Federal¹⁴. Com especial atenção à redação do artigo 1.617 – A, que é expresso no sentido de que *“não basta a prova da inocorrência do vínculo genético para excluir a filiação, se for comprovada a existência de vínculo de afetividade; tampouco basta a prova de vínculo de afetividade, para excluir a filiação natural”* e ao artigo seguinte, 1.617 – B, no sentido de que *“a socioafetividade não exclui nem limita a autoridade dos genitores naturais, sendo todos responsáveis pelo sustento, zelo e cuidado dos filhos em caso de multiparentalidade.”*

Pela proposta da Dra. Rosa Maria Nery, o reconhecimento da filiação socioafetiva para crianças e adolescentes passa a ser somente pela via judicial, pela via extrajudicial há somente a possibilidade se houver a concordância dos pais naturais, dos pais socioafetivos e do filho. Na discordância de um ou de ambos os genitores naturais, a via deve ser também judicial, somente sendo viável extrajudicialmente para pessoas capazes e maiores de dezoito anos. Pela versão da Relatoria de Flávio Tartuce, o reconhecimento de filiação socioafetiva pode ocorrer pela via judicial ou extrajudicial,

¹⁴ Tema 622 – “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, para efeitos jurídicos próprios.”

mantendo-se assim o quanto autorizado pelo Provimento 63, de 14 de novembro de 2017, do Conselho Nacional de Justiça.

A adoção de pessoas maiores de dezoito anos, que no Código Civil vigente deve ser feita por sentença constitutiva, pelo projeto poderá ocorrer extrajudicialmente (artigo 1.619) salvo se não houver concordância dos genitores naturais (biológicos), quando então somente poderá ocorrer pela via judicial. E não exclui necessariamente a multiparentalidade (§2º do artigo). Se o Oficial, que deve ouvir as partes para identificar a legítima intenção de adotar (§1º) e para colher a concordância dos genitores que constam do assento, desconfiar de fraude (§4º), pode recusar a adoção, encaminhando o pedido ao juízo competente.

9.Da filiação decorrente de reprodução assistida:

O Projeto – em seu artigo 1.629 – letras A até V - amplia sensivelmente o capítulo sobre o tema em relação ao Código Civil de 2002, dada a evolução desde a edição daquele texto legislativo, incorporando em seus artigos inúmeros entendimentos já consolidados, inclusive regulamentações do Conselho Federal de Medicina.

Destaca-se a plena igualdade de direitos de todas as pessoas nascidas através de técnicas de reprodução assistida, vedada qualquer forma de discriminação, o que repete o teor do artigo 1.596, ressalvado o disposto no artigo 1.798 (que estabelece que aos filhos gerados até cinco anos após a abertura da sucessão é reconhecido o direito sucessório, trazendo limitação temporal).

Indica-se que qualquer pessoa maior de dezoito anos se submeta ao tratamento de reprodução humana assistida, desde que apta a manifestar, livremente, a sua inequívoca vontade (artigo 1.629 – C).

Veta-se o emprego da técnica para qualquer finalidade que não seja da procriação humana, para a criação de seres humanos geneticamente modificados, para a criação de embriões para investigação de qualquer natureza, ou para a escolha de sexo, eugenia, ou para originar híbridos ou quimeras, ou para intervenção no genoma humano, salvo para a terapia gênica (para identificação ou tratamento de doenças graves via tratamento pré-natal ou via diagnóstico genético pré-implantacional) – artigo 1.629 – D.

Há proibição expressa de venda de gametas (artigo 1.629 – F), bem como de que os médicos ou profissionais das clínicas e aos integrantes da equipe multidisciplinar sejam doadores de gametas na unidade ou rede que integram (artigo 1.629 – G).

Obriga-se à comunicação dos nascimentos de crianças com material genético doado, seus respectivos dados registraís e do doador, ao Sistema Nacional de Embriões, para consulta dos Oficiais de Registro Civil quanto aos impedimentos no procedimento pré-nupcial para o casamento (artigo 1.629). Vide artigo 1.527 anteriormente referido.

Dispõe-se sobre o sigilo do doador de gametas, salvaguardado o direito da pessoa nascida com utilização do material genético de doador de conhecer sua origem, mediante autorização judicial, para preservação de sua vida, de sua saúde física, a sua higidez psicológica ou por outros motivos justificados (artigo 1.629 - K), o mesmo direito possível ao doador (§1º), mas sem que possa ser criado nenhum vínculo de filiação.

Está inserida no Projeto a cessão temporária de útero, sem caráter lucrativo ou comercial, vedada a chamada barriga de aluguel, dando-se preferência a pessoa com vínculo de parentesco, e mediante formalização em documento escrito, público ou particular (projeto parental), firmado antes do início dos procedimentos médicos para a implantação, no qual deverá constar obrigatoriamente a quem se atribuirá a filiação (artigo 1.629 - L).

Nada prevê sobre a inseminação artificial caseira, e sua proteção legal, quando se sabe que tem sido adotada como alternativa aos inacessíveis e caros métodos de reprodução assistida em clínicas.

10.Reprodução assistida “*post mortem*”:

É permitido o uso de material genético de qualquer pessoa após a sua morte, seja óvulo, espermatozoide ou embrião, desde que haja expressa manifestação, em documento escrito, autorizando seu uso e indicando a quem deve ser destinado o material, quem deve gestar o embrião se já concebido, estabelecendo-se o vínculo de filiação (artigo 1.629 – Q).

É vetada a coleta e a utilização de material genético daquele que não consentiu expressamente, ainda que haja manifestação de seus familiares em sentido contrário (artigo 1.629-R).

Há necessidade de elaboração de termo de consentimento informado e de manifestação do cônjuge ou convivente, concordando expressamente com o procedimento indicado e com o uso ou não de material do doador (artigo 1.629 – U). Vide também o teor do artigo 1.598 – A.

Vício de consentimento permite ação negatória de parentalidade, mas subsistirá

a relação parental se comprovada a socioafetividade (parágrafo único do artigo 1.629 – U).

No termo de consentimento deve constar o destino do material genético criopreservado em caso de rompimento do casal parental, doença grave ou falecimento de um deles. Há uma especial atenção ao tema, tendo em vista a prática de preenchimento de formulários padronizados em hospitais e clínicas, que antecedem os procedimentos médicos, que já geraram discussões judiciais sobre a validade do referido consentimento.

11.Da autoridade parental:

Substituição do termo “*poder familiar*” pelo de “*autoridade parental*”, acolhendo assim entendimentos doutrinários no sentido de que se trata de um feixe de obrigações para com os filhos, e não exatamente de um poder sobre eles (artigo 1.630).

Compete a ambos os pais, quer vivam juntos ou tenham rompido a sociedade conjugal ou convivencial (melhor independentemente da união ou não dos pais) – artigo 1.631.

Divergindo, deverão, de preferência, buscar a mediação ou outras formas de soluções extrajudiciais, antes de recorrerem à via judicial (parágrafo único do artigo 1.631), mas não se trata de procedimento obrigatório, podendo ser disposição de pouca eficácia, dada os custos envolvidos.

Sublinha-se o artigo 1.633 -A, no sentido de que, no caso de pais socioafetivos e naturais, a todos eles cabe o exercício da autoridade parental (aqui o artigo menciona poder familiar, comportando correção da redação).

12.Do exercício da autoridade parental:

Previsão dos deveres de cuidado, criação e educação, zelar pelos direitos especiais de proteção, compartilhando a convivência e as responsabilidades de forma igualitária.

O artigo 1.634 do Projeto ganha nova redação no inciso I, em relação ao Código atual, para consignar o dever expresso de “*prestar assistência material*” (alimentos) e afetiva aos filhos (possibilitando o pedido de indenização por abandono afetivo, ao lado de outros dispositivos vigentes sobre a reparação civil por dano moral), “*acompanhando sua formação e desenvolvimento*”, “*assumindo os deveres de cuidado, criação e*

educação”. O inciso II estabelece também a necessidade de “*compartilhar convivência e as responsabilidades parentais de forma igualitária*”, reforçando aqui, mais uma vez, a necessidade de que a autoridade parental continue a ser exercida de forma conjunta, independentemente de os pais viverem ou não juntos.

A boa novidade é a inserção de necessidade de proteção digital – colocando-se como dever expresso o de evitar exposições de fatos e vídeos em redes sociais, ou a exposição de informações, de modo a preservar a imagem, a segurança, a intimidade e a vida privada dos filhos e a necessidade de se fiscalizar as atividades digitais dos filhos (artigo 1.634, X e XI, do Projeto).

A suspensão da autoridade parental vem prevista no artigo 1.637 do Projeto, conquanto na maior parte das vezes, o tema seja deslocado para o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990, artigos 155 e seguintes). É mantida a suspensão do exercício da autoridade parental pelo pai ou mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos.

Na perda do poder familiar, surge um inciso prevendo a possibilidade de ser decretada na hipótese de omissão em caso de assédio sexual, violência doméstica ou abandono material, moral ou afetivo que saibam tenham os filhos sofridos.

13. Do regime de bens entre cônjuges e conviventes:

Esse subtítulo abre o Título II (Do Direito Patrimonial), do Projeto.

O regramento é extenso, pelo que, nessa análise, apenas são pinçados alguns aspectos de maior interesse.

Quanto ao regime de bens, verifica-se que abrange tanto o casamento quanto à união estável. Em relação ao casamento, assim como já ocorre, passa a vigorar a partir do casamento, da união estável, a partir da sua constituição (questão de prova se não formalizada por escritura), com a novidade de ser possível a modificação do regime por escritura pública que só produzirá efeitos a partir do ato de alteração, ressalvados os direitos de terceiros (artigo 1.639). Não mais se faz necessário a autorização judicial exigida pelo artigo 1.639, §2º, do Código Civil vigente, nem mesmo a exposição dos motivos, bastando que não prejudique direito de terceiros.

Ausente convenção no casamento ou na união estável, o regime legal segue sendo o da comunhão parcial (artigo 1.640). Prevista a possibilidade de criação pelos cônjuges ou conviventes de regime atípico ou misto, conjugando regras dos regimes do

Código, desde que não haja contrariedade a normas cogentes ou de ordem pública (artigo 1.640, §2º).

Pela versão trazida pela Relatora Rosa Maria Nery, no artigo 1.641 permanece no Projeto o regime obrigatório da separação de bens quando das pessoas que contraírem casamento nas hipóteses do artigo 1.523 do mesmo texto (viúvo ou viúva enquanto não fizer inventário e der partilha aos herdeiros, divorciado ou ex-convivente enquanto não homologada ou decidida a partilha de bens, tutor ou curador, enquanto não cessa a tutela ou curatela – salvo se provar ao juiz que não há prejuízo). Pela versão do Relator Flávio Tartuce, sempre forte no sentido da autonomia da vontade e da livre disposição, o artigo 1.641 do Código Civil de 2002 deve ser revogado.

O artigo 1655 – B, do projeto retoma o teor do artigo 426 do mesmo diploma legal, acima mencionado, no sentido de que os cônjuges por pacto antenupcial e os conviventes por escritura, renunciar reciprocamente a condição de herdeiro do outro cônjuge ou companheiro, sem perda do direito de habitação, vedando outras disposições sucessórias tendo por objeto herança de pessoa viva, firmado por cônjuges ou companheiros.

Não há mais menção ao regime de participação final de aquestos do artigo 1.675 do Código Civil em vigor (aliás, de pouco ou nenhum uso), mas apenas previsão da possibilidade apuração de aquestos na dissolução de sociedade conjugal ou convivencial, nas hipóteses em que se possa ter lesado a meação do outro cônjuge, por atos praticados na constância do regime de bens vigente.

Não mais há o regime da separação obrigatória de bens da pessoa maior de 70 anos. Adota-se assim o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE 1.309.642/SP, Relatoria do Ministro Luíz Barroso, constante do Tema 1.236, com a seguinte tese: *“nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoa maior de 70 anos, o regime de separação de bens previsto no art. 1.641, II, do Código Civil, pode ser afastado por expressa manifestação da vontade das partes, mediante escritura pública.”*

Há uma proposta de vedação ao casamento ou união estável pelo regime da comunhão universal de bens aos maiores de 80 anos (artigo 1.641 – A), da Relatora Rosa Maria Nery, com posicionamento contrário do Relator Flávio Tartuce.

O que se verifica no regramento do regime de bens é uma especial tendência de se prestigiar a autonomia da vontade, ainda que havendo dissenso.

14.Do usufruto e da administração dos bens de filhos menores:

O artigo 1.689 do Projeto praticamente mantém a redação do artigo 1.689 do Código Civil vigente, com pequeno ajuste de redação, mantendo os pais com usufrutuários dos bens dos bens dos filhos e administradores dos bens dos filhos menores de idade sob sua autoridade, contando essa redação com severa crítica da doutrinadora (e integrante da Comissão de Juristas) Dra. MARIA BERENICE DIAS, nos seguintes termos¹⁵ *“injustificadamente, foi mantido a condição dos pais de usufrutuários dos bens dos filhos. Ora, usufruto significa: posse, uso, administração e percepção dos frutos, ou sejam, dos rendimentos dos bens. Os pais devem zelar e administrar, zelar pelos bens dos filhos, e não se apropriarem dos lucros que os bens produzem. A hipótese configura, inclusive, apropriação indébita”*.

Além de ajustes de redação, surge o §2º do artigo 1.691 que estabelece que *“quando a administração dos pais ponha em perigo o patrimônio do filho, o juiz, a pedido do próprio filho, do Ministério Público ou de qualquer parente, poderá adotar as providências que estime necessárias para a segurança e conservação dos bens, no que continua o §3º com a possibilidade de se exigir caução ou fiança e de se nomear um administrador.”*

O §4º, do artigo 1.691, versão do Relator Flávio Tartuce, propõe a possibilidade de exigência de prestação de contas da administração, no prazo de dois anos do término da autoridade parental, pelos filhos. Na proposta da Relatora Rosa Maria Nery, não consta esse parágrafo.

15.Dos alimentos:

Correção no artigo 1.694 do Código Civil, para que conste podem os parentes *“em linha reta”*. Modifica-se a redação atual do §2º, para fazer dele constar que os alimentos independem da natureza do parentesco (biológico ou socioafetivo) e da existência de multiparentalidade. Rememora-se aqui que o dever de prestar assistência material foi incluído expressamente nos deveres decorrentes da autoridade parental, no

¹⁵ REVISTA IBDFAM: FAMÍLIA E SUCESSÕES, v. 64 (jul/ago) – Belo Horizonte: IBDFAM, 2024, bimestral, capítulo “Reforma do Código Civil: Aspectos Relevantes do Âmbito da Parte Geral, Família e Sucessões, p. 29.

artigo 1634, I, do Projeto.

Desloca-se a disposição do artigo 1.703¹⁶ do Código Civil para o §3º desse artigo do Projeto, anotando-se que seria mais adequado substituir o termo “*cônjuge ou convivente*” para pais.

O artigo 1.696 do Projeto mantém a redação do Código Civil em vigor, mas há a inserção do parágrafo único, no sentido de que a regra igualmente se aplica aos casos de parentalidade socioafetiva e multiparentalidade, visibilizando questões atinentes a essas formas de filiação.

Novidade no artigo 1.696 – A, do Projeto, constando que os filhos, qualquer que seja a origem da filiação, têm o direito de postular situação de igualdade econômica com os seus irmãos ou com as pessoas que vivem às expensas de seu genitor ou da genitora com quem não convive ou não conviveu. Mas essa situação não pode desconsiderar que, de outro lado, nem sempre os filhos tem as mesmas necessidades, nos termos do vetor do §1º do artigo 1.694 do Código Civil (necessidade x possibilidade).

No caput 1.697 – A, suprime-se a diferenciação de irmãos entre germanos ou unilaterais havida do Código Civil atual.

No artigo 1.697 – A, do Projeto, há a previsão da obrigação dos filhos e de outros descendentes, maiores e capazes, solidariamente, do dever de ajudar, amparar, assistir e alimentar os genitores e outros ascendentes, que na velhice ou enfermidade ficarem sem condições de prover o próprio sustento, o que já tem fundamento no artigo 230 da Constituição Federal, bem como no Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003).

Quanto à solidariedade da obrigação de prestar alimentos entre os devedores, é possível se depreender que se refere aos alimentos devidos aos genitores e outros ascendentes, na velhice e na enfermidade. No Estatuto do Idoso, há previsão expressa de solidariedade no artigo 11, podendo a pessoa idosa optar entre os prestadores. O artigo amplia a solidariedade para ascendentes, não só para a pessoa idosa, mas também na enfermidade, independentemente da idade, se eles ficarem sem meios de prover o próprio sustento.

No projeto, no *caput* do artigo 1.699 consta apenas parênteses com reticências, o que permite se presumir que vai repetir a redação do artigo atual, a conferir, porque não há nenhuma intenção de supressão da ação revisional de alimentos.

Surge o §1º do referido artigo, prevendo a cessação da obrigação alimentar com

¹⁶ Artigo 1.694, §3º, do Projeto: “Para a manutenção dos filhos, os cônjuges ou conviventes contribuirão na proporção de seus recursos”.

a maioria, no que continua o §2º com a prorrogação dos alimentos por tempo razoável para que se encerre a formação educacional do alimentado, compreendida a conclusão de curso de ensino superior, técnico ou profissionalizante.

Esses dois parágrafos não parecem ter vindo em boa hora, porque não só implica na cessação automática dos alimentos se o filho não estiver estudando, como também não considera a possibilidade de que os estudos ainda sejam de ensino médio, por eventual atraso na formação educacional, que ainda pode ser completada. E nem sempre o filho recém adulto, mesmo que não mais estudante, já é financeiramente independente.

A redação dada ao artigo 1.700 do Projeto¹⁷ encerra a polêmica redação do artigo 1.700 em vigor, consignando expressamente que o dever de prestar alimentos se extingue com a morte do devedor, transmitindo-se aos herdeiros, nas forças da herança, eventuais dívidas alimentares decorrentes de prestações vencidas.

O artigo 1.700 – A¹⁸ também acolhe o direito de obtenção de antecipação de quinhão hereditário ao herdeiro menor, para prover a sua subsistência, com a compensação posterior na partilha, sendo que na letra B se fala em alimentos provisionais, quando deveria ser outro o termo.

Previsão de irrenunciabilidade dos alimentos, mesmo entre cônjuges ou conviventes e de irrepetibilidade (correto), e absoluta incompensabilidade consta do artigo 1.700 – C, o que vem em desconformidade com o entendimento dos Tribunais, que admitem a mitigação desse princípio, a fim de que, de outra banda, não ocorra enriquecimento sem causa.

Incorporado no Código Civil os alimentos em favor do nascituro e à gestante (abolido o termo “*alimentos gravídicos*”)¹⁹, com previsão de cabimento desde a concepção (artigo 1.701, A, §2º).

Com o nascimento, a conversão integral se dará em favor do filho, mas o juiz poderá arbitrar valor diverso para os futuros alimentos (art. 1.701- C).

Há a previsão de alimentos em favor de cônjuge ou convivente, podendo ser previsto prazo (art. 1.702). O artigo 1.704, de outra banda, extingue o dever de prestar alimentos. Mas ressalva a possibilidade de fixação em caso de necessidade de alimentos,

¹⁷ Art. 1700 do Projeto: “A morte do devedor extingue a obrigação de prestar alimentos, transmitindo-se aos herdeiros a obrigação de pagar eventuais prestações vencidas, respeitada a força da herança.”

¹⁸ Art. 1.700 – A do Projeto: “Ocorrendo a morte do devedor e em caso de ser o alimentando também seu herdeiro menor, terá o direito de obter, antes da partilha e a título de antecipação de seu quinhão hereditário, bens suficientes para prover a própria subsistência.”

¹⁹ Lei nº 11.804/2008.

desde que o rompimento não tenha ocorrido por comportamento grave (com uma certa abertura à discussão de culpa, e não apenas da necessidade, temporária ou não).

Pelo artigo 1708 CC - o direito de receber alimentos poderá ser extinto ou reduzido, caso o credor tenha causado ou venha a causar ao devedor danos psíquicos ou grave constrangimento, incluindo as hipóteses de violência doméstica, perda de autoridade parental e abandono afetivo e material. A perda total dependerá da gravidade dos atos praticados.

Alimentos compensatórios previstos no artigo 1.709 – A, do projeto, para propiciar equilíbrio econômico entre cônjuges ou conviventes, mas sem ensejar medida de prisão civil.

O descabimento da prisão para essa espécie de alimentos encontra previsão expressa no projeto (artigo 1.709-B²⁰, o que acolhe interpretação jurisprudencial sobre o tema, estampada nos seguintes precedentes:

Ementa Oficial

RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA FIXADA EM FAVOR DE EX-CÔNJUGE. NATUREZA INDENIZATÓRIA E/OU COMPENSATÓRIA DESSA VERBA. INADIMPLEMENTO. EXECUÇÃO PELO RITO DA PRISÃO CIVIL. DESCABIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM QUE SE IMPÕE. RECURSO PROVIDO.

1. O propósito recursal consiste em definir se o inadimplemento de obrigação alimentícia devida a ex-cônjuge, de natureza indenizatória e/ou compensatória, justifica a execução sob o rito da prisão civil preconizado no art. 528, § 3º, do CPC/2015.
2. A prisão por dívida de alimentos, por se revelar medida drástica e excepcional, só se admite quando imprescindível à subsistência do alimentando, sobretudo no tocante às verbas arbitradas com base no binômio necessidade-possibilidade, a evidenciar o caráter estritamente alimentar do débito exequendo.
3. O inadimplemento dos alimentos compensatórios (destinados à manutenção do padrão de vida do ex-cônjuge que sofreu drástica redução em razão da ruptura da sociedade conjugal) e dos alimentos que possuem por escopo a remuneração mensal do ex-cônjuge credor pelos frutos oriundos do patrimônio comum do casal administrado pelo ex-consorte devedor não enseja a execução mediante o rito da prisão positivado no art. 528, § 3º, do CPC/2015, dada a natureza indenizatória e reparatória dessas verbas, e não propriamente alimentar.
4. Na hipótese dos autos, a obrigação alimentícia foi fixada,

²⁰ Art. 1.709-B “A falta de pagamento dos alimentos compensatórios não enseja a prisão civil do seu devedor”.

visando indenizar a ex-esposa do recorrente pelos frutos advindos do patrimônio comum do casal, que se encontra sob a administração do ora recorrente, bem como a fim de manter o padrão de vida da alimentanda, revelando-se ilegal a prisão do recorrente/alimentante, a demandar a suspensão do decreto prisional, enquanto perdurar essa crise proveniente da pandemia causada por Covid-19, sem prejuízo de nova análise da ordem de prisão, de forma definitiva, oportunamente, após restaurada a situação normalidade.

5. Recurso ordinário em habeas corpus provido. (RHC n. 117.996/RS, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 2/6/2020, DJe de 8/6/2020.)

CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA EM FAVOR DE EX-CÔNJUGE. NATUREZA INDENIZATÓRIA. DÉBITO PRETÉRITO. RITO DA PRISÃO CIVIL. DESCABIMENTO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O inadimplemento de alimentos compensatórios, destinados à manutenção do padrão de vida de ex-cônjuge em razão da ruptura da sociedade conjugal, não justifica a execução pelo rito da prisão, dada a natureza indenizatória e não propriamente alimentar de tal pensionamento (RHC 117.996/RS, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, j. em 2/6/2020, DJe de 8/6/2020).

2. Ainda, esta Corte entende que, "quando o credor de débito alimentar for maior e capaz, e a dívida se prolongar no tempo, atingindo altos valores, exigir o pagamento de todo o montante, sob pena de prisão civil, é excesso gravoso que refoge aos estreitos e justificados objetivos da prisão civil por dívida alimentar, para desbordar e se transmutar em sanção por inadimplemento" (HC 392.521/SP, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 27/6/2017, DJe de 1º/8/2017).

3. Na hipótese, a sentença na ação de dissolução de sociedade de fato fixara a obrigação alimentícia em cinco salários mínimos e, anos depois, no julgamento da apelação, veio a ser majorada para quinze salários mínimos, a fim de manter o padrão de vida ao qual estava acostumada a alimentanda durante a união. Não se caracteriza, assim, a natureza alimentar nem o caráter inescusável da dívida, revelando-se ilegal a prisão do alimentante.

4. Ordem de habeas corpus concedida. Liminar confirmada. (HC n. 744.673/SP, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 13/9/2022, DJe de 20/9/2022.)

16.Do bem de família:

Pelo projeto, ficam revogados os artigos 1.711 a 1.722 do Código Civil, o que,

portanto, implica na extinção do chamado bem de família convencional, que pode atualmente ser instituído por escritura pública ou testamento (artigo 1.711 do Código Civil). Se aprovado, subsistirá somente o bem de família legal, previsto no artigo 8.009/90.

Na explicação de MARIA BERENICE DIAS²¹ “*quer pela existência do bem de família legal (Lei n. 8.009/1990), quer para evitar o uso dessa ferramenta para blindar patrimônios em prejuízo de terceiros.*”

17.Da Tutela:

Dispõe o artigo 1.728 do Projeto que “*no caso de falecimento, ausência ou quando os genitores forem desconhecidos, tiverem sido suspensos ou forem destituídos da autoridade parental, os filhos crianças ou adolescentes serão postos sobre tutela ou outro regime de colocação familiar, previsto na legislação especial*”, donde se verifica pouca distinção do regramento atual.

Observância do melhor interesse da criança que é trazido para o Código Civil, assim como a observância dos prévios vínculos de convivência, afinidade e afeto da criança e do adolescente com o tutor, nos termos do artigo 1.728 -A, do Projeto.

A nomeação de tutor pelos pais (desde que não destituídos da autoridade parental ao tempo da morte), feita em conjunto ou separadamente, em testamento ou outro documento autêntico, passa a ter disposição expressa de confirmação judicial (o que já vigorava).

O juiz pode nomear tutor patrimonial, com poderes exclusivos para a administração de bens, quando a criança ou o adolescente não contar com parentes em condições de assumir a tutela, e houver necessidade de inclusão em programa de colocação familiar (artigo 1.723), situação que parece um pouco difícil na prática.

O tutor poderá escusar-se do exercício da tutela mediante declaração expressa e motivada.

A tutela conjunta é expressamente admitida no artigo 1.733, §2º, consignando-se que havendo divergência entre os tutores acerca de direitos fundamentais o juiz decidirá.

Revogado o item que diz que incumbe ao tutor, quanto à pessoa do tutelado,

²¹ Op. Cit., pág. 33.

“reclamar do juiz que providencie, como houver por bem, quando o menor haja mister correção”, que consta do artigo 1.740 do Código Civil em vigor. Por certo que o tutor permanece responsável pela criação e educação do tutelado, dentro dos meios corretos de disciplina, mas o vetusto inciso efetivamente não tem sentido, posto que não se trata de função judicial.

O artigo 1.741 do Projeto confere ao Ministério Público o dever de de inspecionar a administração dos bens do tutelado, todavia, isso não retira o dever de fiscalização que continua competindo ao Juízo.

Vide que é expresse no paragrafo único do artigo 1.740 do projeto que o Juiz pode se valer de equipe interdisciplinar ou outros métodos de apoio sempre que houver dificuldade de adaptação de convívio entre tutores e tutelados, o artigo 1.742 possibilita ao Juiz a possibilidade de nomeação de protutor, mais adiante há a possibilidade de nomeação de um tutor existencial, outra patrimonial (artigo 1.744), e que o Juiz poderá arbitrar valores para a manutenção do tutelado (artigo 1.746), além de arbitrar remuneração módica ao tutor, se o caso (artigo 1.742), sem contar que há vários atos que dependem da autorização judicial para que possam ter validade (artigos 1.748 e 1.749).

Não consta do projeto o teor do artigo 1.757 do Código Civil, que estabelece a necessidade de prestação de contas, de dois em dois anos, e quando o tutor deixar o exercício da tutela ou toda vez que o juiz achar conveniente.

Todavia, sendo um *múnus* público, temos que deve ser determinada pelo Juízo, por ocasião da nomeação, em havendo bens consideráveis e rendimentos, dadas todas as responsabilidades inerentes ao encargo, até porque é expresse pelo teor do artigo 1.752, §2º que são solidariamente responsáveis as pessoas às quais competia fiscalizar a atividade do tutor e as que concorreram para o dano. Trata-se de uma proteção ao tutelado, que precisa ser mantida.

18.Da curatela:

Abolido o termo interdito/interdição (embora ainda conste em erros de redação vide artigo 1.755) em boa hora, que implica na restrição de direitos, e não na natureza protetiva do instituto.

Redação dada pelo artigo 1.767 do Código Civil muda para indicar que estão sujeitos a curatela as pessoas maiores de idade, nas hipóteses dos artigos 4º e 3º do Código Civil.

De acordo com o artigo 3º do Projeto, estão previstos como absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos de natureza existencial e patrimonial da vida civil, que tenham menos de dezesseis anos (I), aquelas que por nenhum meio possam expressar sua vontade (II), aqueles cuja autonomia for obstada por completa falta de discernimento, enquanto perdurar esse estado.

Ou seja, são restabelecidas incapacidades absolutas que não dependem somente na idade, mas decorrentes de condições pessoais, o que havia sido revogado pelo artigo 114 do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015).

A tentativa aqui parece ser a de corrigir questões que ainda causam certa perplexidade na atuação judicial, quando, a despeito da maioridade, as pessoas efetivamente não tem condição nenhuma de expressar vontade, e necessitam de proteção que extrapola o alcance meramente patrimonial do 85 da mesma lei especial. Um exemplo clássico da pessoa em estado vegetativo ou outras situações de muita gravidade.

Pelo artigo 4º do Projeto, são relativamente incapazes para o exercício pessoal de seus atos de natureza patrimonial da vida civil os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos (I), aqueles cuja autonomia estiver prejudicada por relativa falta de discernimento por causa psíquica ou dependência química, enquanto perdurar esse estado (II), os pródigos (III).

Pode a curatela do maior de dezesseis anos e menor de dezoito anos? O artigo remete aos relativamente capazes, mas fala em pessoas maiores de idade. Nesse ponto, seria importante uma correção, porque há pessoas entre dezesseis e dezoito anos, que necessitam do instituto, por não serem capazes de expressar nenhuma vontade.

Assegura às pessoas sob curatela o direito à convivência familiar e comunitária, evitando-se, sempre que possível, sua institucionalização (artigo 1.777).

Não fala mais de pródigos na nova redação do artigo 1.767, todavia, a incapacidade relativa deles remanesce pela leitura do artigo 4º, dando azo eventual à curatela. Na verdade, o que sobrepõe é perquirir se há efetivamente uma falta de capacidade nos gastos desarrazoados, a implicar em uma restrição de direitos pela curatela, na proteção da própria pessoa e não de proteção meramente patrimonial e das expectativas de terceiros.

Nesse sentido, sobre o tema, correta a análise do tema por CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e NELSON ROSENVALD²² no sentido de que “*com base na*

²² Op. Cit., pág. 952.

proteção da dignidade avançada da dignidade humana (CF/88, art. 1º, III), entendemos descabida a afirmação de que a prodigalidade implica em incapacidade. (...) Dessa maneira, tendo em mira a dignidade do titular e o natural direito de dispor do que é seu, é de se inferir que a incapacidade do pródigo somente será reconhecida quando os seus gastos desordenados comprometerem a si mesmo e à sua dignidade – o que tem caráter completamente excepcional”.

Surge a diretiva antecipada de curatela no artigo 1.778 – A do Projeto²³ que deve ser formalizada por escritura pública ou documento particular autêntico.

Estabelece o artigo 1.778 – B que cabe ao Juiz conferir prioridade à diretiva antecipada de curatela, relativamente a quem deva ser nomeado como curador, ao modo como deva ocorrer a gestão patrimonial e pessoal do curador, às cláusulas de remuneração, de disposição gratuita de bens (analisar) ou de outra natureza. Não será analisada quando houver elementos concretos que, de modo inequívoco, indiquem a desatualização da vontade antecipada, inclusive considerando fatos supervenientes que demonstrem a quebra de confiança do curatelado com a pessoa por ele indicada.

O Projeto traz para dentro do Código Civil princípios da Lei Brasileira de Inclusão (artigo 85 da Lei nº 13.146/2015), indicando expressamente que não atinge o exercício de direito ao próprio corpo, dos direitos sexuais e reprodutivos, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho, ao voto e à obtenção de documentos, afetando somente os atos relacionados ao direito patrimonial.

A intervenção do curador não pode ser exigida para o casamento, nem para a união estável, salvo para a escolha de regime de bens diverso do legal (artigo 1.781 – D).

19. Tomada de decisão apoiada:

Há no Projeto a previsão tanto de procedimento judicial, como também do extrajudicial (artigo 1.783 – A).

Do procedimento judicial ou extrajudicial participará o Promotor de Justiça, que verificará a adequação do pedido aos requisitos legais.

Consta do artigo 1.783 – A o termo pessoa capaz, “*mas deficiente*”, convém modificar o termo que se mostra inadequado, para constar pessoa capaz, com deficiência.

O juiz ou o registrador civil, assistido por equipe multidisciplinar e após a oitiva

²³ Artigo 1.778 – A. “A vontade antecipada de curatela deverá ser formalizada por escritura pública ou por instrumento particular autêntico”.

do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio.

Hoje é um processo judicial, requerido pela pessoa apoiada, com indicação expressa das pessoas a prestarem o apoio.

O instituto ainda não conta com muito uso, demandando maior compreensão das pessoas envolvidas, de sua abrangência e implicações.

No projeto, em havendo dúvida sobre a viabilidade, o Oficial do cartório poderá negar seguir com o procedimento extrajudicial, remetendo as partes para as vias judiciais.

Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida sobre o apoiado ou não adimplir com as obrigações assumidas, os fatos poderão ser levados ao Ministério Público ou ao juiz (mesma redação atual – artigo 1.783, A, CC).

Em caso de negócio jurídico que possa trazer à pessoa apoiada risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão (parece que nesse caso, há ruptura da confiança na tomada de decisão apoiada).

Relativamente capazes do artigo 4º podem se utilizar de tomada de decisão apoiada quando tiver que decidir sobre atos de natureza existencial de sua vida. Mas a atuação do apoiador não prejudica a atuação do curador para os atos da vida patrimonial.

Casamento – para a celebração do casamento, as pessoas relativamente capazes poderão ser apoiadas, desde que assim conste do termo.

A disposições referentes ao Direito das Famílias se encerra no artigo 1.783 – E.

Não se verifica a abertura do Livro V (referente ao Direito das Sucessões), sendo possível que, se aprovado o projeto, seja feita essa separação que é clássica e recomendável, para a melhor sistematização.

Conclusão:

O Projeto do Novo Código Civil contou com amplo debate na Comissão de Juristas que o elaborou, teve por embasamento relevantes princípios do Direito das Famílias, sobrelevando a dignidade da pessoa humana, a autonomia da vontade, o direito à privacidade e a intimidade, à liberdade, e à felicidade.

As mudanças, ao menos no ramo em análise, não causam impacto econômico (salvo eventual questão previdenciária), o que é ponto importante no cenário nacional.

Seus objetivos de aperfeiçoamento e modernização de um ramo tão nobre tem a potencialidade de beneficiar as pessoas como um todo e especialmente as crianças e

adolescentes que necessitam de proteção integral no que concerne aos seus direitos, que, nesse ponto, precisam ser fiscalizados, assegurados, preservados pela lei.

Que O Projeto frutifique.

Espero que as análises que foram feitas acima contribuam para divulgar o seu conteúdo, e, sobretudo, se prestem à continuidade dos estudos e debates que ainda prosseguem.

ANÁLISE DO ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL EM MATÉRIA DE REGISTROS PÚBLICOS

Rogério Alvarez de Oliveira

Procurador de Justiça

Introdução

O presente artigo apresenta uma análise sobre alguns dispositivos do anteprojeto de reforma do Código Civil relacionados aos registros públicos. Por meio de uma abordagem comparativa com o atual Código Civil, destacamos as principais inovações legislativas e as possíveis repercussões práticas para o Ministério Público e demais operadores do Direito.

A análise a seguir enfatiza tópicos específicos com vistas a elucidar as principais alterações propostas e seu impacto sobre o direito de família e os atos registrares nos pontos em que se interrelacionam, oferecendo uma visão sobre os novos dispositivos legais e a atuação do Ministério Público nesses processos.

1. Modificações nos atos de registro e averbação

O anteprojeto enumera os atos de registro e averbação no âmbito civil, detalhando-os nos artigos 9º e 10º de forma mais completa e abrangente em comparação ao artigo 29 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973).

O novo arranjo melhorou a organização normativa dos atos e introduziu revogações, como a distinção entre filiação legítima e ilegítima, eliminando uma distinção anacrônica, incompatível com a legislação em vigor.

Essa adequação normativa reflete o compromisso com a igualdade e a dignidade, eliminando conceitos ultrapassados.

2. Vedação ao reconhecimento da filiação socioafetiva para menores de 18 anos

O parágrafo 2º do artigo 9º do anteprojeto veda o reconhecimento da filiação socioafetiva de menores de 18 anos sem sentença judicial.

Essa mudança representa uma alteração relevante, pois revoga parte do Provimento nº 63/2017 (e sua modificação pelo Prov. 83/2019) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que permite o reconhecimento para pessoas a partir de 12 anos, passando a impor um maior rigor na verificação dos vínculos familiares nos casos que envolvem pessoas menores de 18 anos.

3. Escritura pública obrigatória para todos os valores de imóveis

Atualmente, o artigo 108 do Código Civil exige escritura pública apenas para transações de imóveis com valor superior a 30 vezes o salário-mínimo. O anteprojeto propõe a obrigatoriedade da escritura pública para todos os imóveis, independentemente do valor. Essa medida visa a uniformizar as práticas de transferência de propriedade, mas implicará em maior formalidade e custos para transações imobiliárias de menor vulto, com impacto aos mais necessitados.

4. Procedimento pré-nupcial e ampliação da gratuidade

A reforma propõe, no artigo 1511, a renomeação do "procedimento de habilitação de casamento" para "procedimento pré-nupcial", estabelecendo a gratuidade tanto para a habilitação quanto para a celebração do casamento.

Atualmente, o artigo 1512 prevê a gratuidade apenas da *celebração* para pessoas declaradas pobres. A ampliação para todas as etapas, embora traga maior acessibilidade, suscita preocupações entre registradores sobre a sustentabilidade financeira dos cartórios, alterando o equilíbrio entre a acessibilidade e as soluções econômicas dos serviços notariais e registrais, o que poderá afetar a estrutura de atendimento ao público.

Todo o procedimento pré-nupcial passará a ser regido na Lei de Registros Públicos, pois, atualmente, parte dele se encontra no Código Civil e parte em registros públicos. Então, a reforma do Código Civil vai remeter todo o procedimento para a Lei de Registros Públicos.

5. Redação inclusiva para a união homoafetiva

O anteprojeto modifica o artigo 1514, substituindo a expressão "homem e mulher" por "duas pessoas livres e desimpedidas", em conformidade com a Resolução nº 175 do CNJ e a decisão do Supremo Tribunal Federal, que permitem a formalização da

união homoafetiva desde 2013. Essa alteração é importante, pois atualiza o texto legal ao padrão inclusivo adotado desde então e reforça a igualdade de direitos, eliminando possíveis interpretações restritivas.

O artigo 1517 do anteprojeto também adota uma redação inclusiva, permitindo o casamento de pessoas a partir dos 16 anos, independentemente do gênero.

6. Exclusão das causas suspensivas do casamento e atualização dos impedimentos

Outra mudança significativa é a revogação das causas suspensivas previstas no artigo 1523, mantendo-se apenas os impedimentos matrimoniais, com adaptações. A exclusão do impedimento de casamento entre parentes colaterais até o terceiro grau, como tios e sobrinhos.

7. Alterações no papel do Ministério Público em habilitações para casamento

O artigo 1526 do anteprojeto retira a obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público em habilitações de casamento, embora essa atuação ainda esteja prevista na Lei de Registros Públicos (art. 67 da Lei nº 6.015/1973), limitando a intervenção do MP aos casos em que ocorra impugnação ou dúvida fundada sobre o regime de bens ou capacidade dos nubentes, conforme previsto no referido artigo 67.

Essa solução poderá comprometer o papel fiscalizador do MP em casos que envolvam pessoas incapazes, sendo necessária a manutenção da intervenção ministerial nesses casos para garantia da segurança jurídica.

8. Nova causa de impedimento ao matrimônio: Sistema Nacional de Produção de Embriões

O artigo 1527 propõe que o oficial de registro consulte o Sistema Nacional de Produção de Embriões para verificar se há impedimento para o casamento, no caso de nubentes com embriões congelados, criando-se, dessa forma, uma nova hipótese de impedimento ao matrimônio.

Esta proposta, contudo, apresenta dificuldades práticas uma vez que o sistema criado pela Resolução Anvisa nº 29/2008 não identifica as pessoas que depositaram seus embriões, porquanto o cadastro coleta apenas dados de natureza estatística sobre as clínicas que realizaram esses procedimentos, o que dificultará a execução da nova norma. Afinal, o sigilo legal na relação médico-paciente impede o fornecimento de dados pessoais.

Sugere-se, assim, que o anteprojeto estabeleça que os nubentes deverão declarar, por ocasião da habilitação ao casamento, sobre a existência de embriões, evitando a violação do sigilo médico e assegurando a integridade do procedimento.

9. Formalidades do casamento

O artigo 1534, que regula as solenidades de celebração do casamento, será revogado, eliminando formalidades como a obrigatoriedade de portas abertas e presença de testemunhas, assim como o artigo 1538, que suspende a celebração do casamento em caso de recusa de qualquer dos contraentes.

Com isso, busca simplificar o procedimento, preservando apenas o consentimento mútuo, mas poderá levantar questões sobre a proteção da livre manifestação dos nubentes.

10. Exclusão da terminologia "concubinato"

O anteprojeto substitui a expressão "concubinato", prevista hoje no atual artigo 1727, por "pessoas impedidas de casar", conforme o artigo 1564. Essa mudança elimina uma carga pejorativa associada ao termo "concubinato", modernizando o vocabulário do Código Civil.

11. Participação do Ministério Público em atos notariais

O anteprojeto introduz dispositivos que estabelecem a participação extrajudicial do Ministério Público em atos notariais relativos a menores e incapazes, como alimentos e dissolução de união estável. No artigo 1582-B, por exemplo, os acordos extrajudiciais, partilha de bens e guarda de filhos precisarão de aprovação do MP, desde que envolvam incapazes.

Esse procedimento exige que as partes compareçam acompanhadas de advogado e apresentem o acordo sobre alimentos, partilha de bens e guarda, devendo o documento ser enviado para ser aprovado pelo promotor.

No entanto, o anteprojeto não define a competência territorial do tabelião, o que poderá violar o princípio do promotor natural, permitindo que as partes escolham o tabelião de determinada localidade para a lavratura do ato e, conseqüentemente, o promotor responsável pela análise do acordo.

O artigo 733 do CPC já permite o divórcio consensual e a dissolução da união estável por escritura pública, desde que não haja incapazes, mas não fixa a competência

para a realização do ato notarial, sendo certo que a Resolução nº 35, de 24/04/2007, do Conselho Nacional de Justiça, permite a livre escolha do tabelião responsável, estabelecendo que não se aplicam as regras de competência do Código de Processo Civil.

Propõe-se que o texto estabeleça uma regra de competência, como a determinação, por exemplo, de que o ato seja lavrado pelo Tabelião da localidade de residência dos interessados, submetendo-se ao promotor competente da respectiva comarca.

Conclusão

O anteprojeto de reforma do Código Civil em matéria de registros públicos traz inovações e moderniza dispositivos à luz das novas demandas da sociedade. No entanto, algumas mudanças ainda exigem análise detalhada, especialmente no que se refere ao impacto nas atividades de registros e na atuação do Ministério Público. A necessidade de critérios de competência e adequação prática de certos dispositivos é mostrada como essencial para garantir que a reforma alcance seu objetivo de modernização sem comprometer a segurança jurídica e o equilíbrio esperado.

Espera-se que o anteprojeto continue sendo amplamente discutido pelos operadores de direito e pela sociedade, promovendo um aperfeiçoamento que atenda às necessidades jurídicas e sociais contemporâneas.