

REVISTA
DIREITO

FAE

VOL 8 | NÚM 2 | 2024



REVISTA
DIREITO

FAE

FAE Centro Universitário

RDF	Curitiba	v. 8	n. 2	p. 319	2024
-----	----------	------	------	--------	------

REVISTA DIREITO FAE

Associação Franciscans de Ensino Senhor Bom Jesus

Frei João Mannes, ofm
Presidente

Frei Daniel Dellandrea, ofm
Vice-presidente

Jorge Apóstolos Siarcos
Diretor-Geral

FAE Centro Universitário

Jorge Apóstolos Siarcos
Reitor
Everton Drohomerski
Pró-Reitor de Ensino, Pesquisa e Extensão
Eros Pacheco Neto
Pró-Reitor de Administração e Planejamento
Alexandre Andrioli Iwankio
Diretor de Pós-Graduação lato sensu
Alessandre Nunes
Assessor da Pró-Reitoria de Administração e Planejamento
Nacib Mattar Junior
Assessor da Pró-Reitoria de Ensino, Pesquisa e Extensão
Naiaira Fernanda Johnsson
Comissão Própria de Avaliação – CPA

COORDENADORES DE NÚCLEO E DEPARTAMENTO

Gabriele de Assunção Camargo
Núcleo de Admissão de Alunos – NAD
Nelcy Finck
Núcleo de Carreira Docente – NCD
Vera Fátima Dullius
Núcleo de Educação Digital – NED
Elaine Cristina de Azevedo Pacheco
Núcleo de Empregabilidade – NEP
Andrea Bier Serafim
Núcleo de Extensão Universitária – NEU
Nacib Mattar Junior
Núcleo de Legislação e Normas Educacionais – NLEG
Cleonice Bastos Pompermayer
Núcleo de Pesquisa Acadêmica – NPA
Karla Adriane Fernandes Zeni
Núcleo de Registro e Controle Acadêmico – NRCA
Areta Galat
Núcleo de Relações Internacionais – NRI
Paulo Roberto Araújo Cruz
Diretor de Relações Corporativas
Mônica Bosio
Ouvidora
Rita de Cássia Marques Kleinke
Pastoral Universitária
Soraia Helena Ferreira Almondes
Bibliotecária

CAMPUS - CURITIBA

Andrea Regina Hopfer Cunha
Diretora do Campus Curitiba
COORDENADORES DE CURSO
Jorge Wilson Michalowski
Administração, bacharelado
Roger Lahorgue Castagno Junior
Management Experience Program – MEP
Adriane Cordoni Savi
Arquitetura e Urbanismo, bacharelado
Architecture Experience Program – AEP
Alessandra Fernandes Bichof
Ciências Contábeis, bacharelado
Guilherme Marques Moura
Ciências Econômicas, bacharelado
Global Economics Program – GEP

Simone Wiens
Negócios Internacionais, bacharelado
Randy Rachwal
Comunicação Social: Publicidade e Propaganda, bacharelado
Valter Pereira Francisco Filho
CST em Gestão Financeira, presencial
CST em Logística, presencial
CST em Gestão Comercial, presencial
Vera Fatima Dullius
CST em Gestão de Recursos Humanos, semipresencial
CST Comercial, semipresencial
CST em Gestão Financeira, semipresencial
CST em Logística, semipresencial
Ceres Luehring Medeiros
Design, bacharelado
Gilberto Andreassa Junior
Direito, bacharelado
Aline Fernanda Pessoa Dias da Silva
Programa FAE Law Experience
Gabriel Ruiz de Oliveira
Engenharia Civil, bacharelado
Aleksandra Gouveia Santos Gomes da Silva
Engenharia de Produção, bacharelado
Engenharia Mecânica, bacharelado
Antônio Joaquim Pinto, ofm
Filosofia, bacharelado
Mariana Prado Müller Hoffmann
Letras – Português e Inglês, licenciatura
Pedagogia, licenciatura
Comunicação Digital, bacharelado
Naiaira Fernanda Johnsson
Ciência de Dados para Negócios, bacharelado
Marcelo Augusto Gonçalves Bardi
Negócios Digitais, bacharelado
Edgar Pereira Junior
Psicologia, bacharelado

CAMPUS - SÃO JOSÉ DOS PINHAIS

Elcio Douglas Joaquim
Diretor do Campus São José dos Pinhais
COORDENADORES DE CURSO
Jorge Wilson Michalowski
Administração, bacharelado
Alessandra Fernandes Bichof
Ciências Contábeis, bacharelado
José Carlos Alves Silva
Direito, bacharelado

NED - Núcleo de Educação Digital

Carolina Bontorin Ceccon (Revisão)
Katia Regina Paulino (Desenhista Instrucional)
Thais Suzue Ikuta (Diagramação)
Vera Fatima Dullius (Coordenação)

NPA - Núcleo de Pesquisa Acadêmica

Cleonice Bastos Pompermayer (Coordenação Editorial)
Kelly Cristine R. de Melo (Revisão)
Cláudia Cristina de Lara

Capa

Editorial Design

Coordenação Editorial da Revista de Direito FAE

Thais Savadra de Andrade

Editoração

Thais Savadra de Andrade
Heloísa Andreoli Orsatto (Monitora da Revista de Direito FAE-
segundo semestre/2024)

SUMÁRIO

QUEM É QUEM NA FAE – CENTRO UNIVERSITÁRIO	2
1 LIMITES À UTILIZAÇÃO DO ÁGIO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA NAS OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS SOB A ÓTICA DO PROPÓSITO NEGOCIAL NA JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA NO BRASIL <i>Carlos Henrique Rossoni, Guilherme Cassi, Udo Guilherme Lutz.</i>	5
2 ESG PARA OS ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA BRASILEIROS: UM CAMINHO POSSÍVEL, <i>Anna Caroline Pereira Martins, Fábio Eduardo de Freitas Barbosa, Isis Chamma Doetzer, Letícia Gabrielli Nogueira.....</i>	51
3 ALTERNATIVAS JURÍDICAS À REORGANIZAÇÃO DE OBRIGAÇÕES DO PRODUTOR RURAL, <i>Luise Corrêa Ferreira, Guilherme Helfenberger Galino Cassi, Rafaela Cardoso de Brito.....</i>	81
4 AS (IM)POSSIBILIDADES DE PERDA DO BEM DE FAMÍLIA NO DIREITO PENAL, <i>Jacqueline Dal Comune Klippel, Marion Bach, Paola Emanuelle Rodrigues</i>	117
5 EXTINÇÃO DA MODALIDADE CULPOSA NOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE CAUSAM LESÃO AO ERÁRIO: ANÁLISE DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA PROMOVIDA PELA LEI Nº 14.230/2021, <i>Daniel Castanha de Freitas, Rafaela Koeddermann, Rebeca dos Santos Barros</i>	152
6 CASTIGO DE PROMETEU: O DIREITO AO JULGAMENTO DE MÉRITO FRENTE À PRESCRIÇÃO DA AÇÃO PENAL, <i>Isadora Serpe Motta, Matheus de Abreu Landuche, Décio Franco David</i>	180
7 PRECONCEITO E VIOLÊNCIA CONTRA A PESSOA IDOSA: CONFRONTO DA REALIDADE COM OS CRIMES DISPONÍVEIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA, <i>Emanuelle Francisca do Couto Lessnau, Karina Silveira de Almeida Hammerschmidt, Marion Bach</i>	213
8 DESAFIOS NA REGULAÇÃO DE BIG TECHS: UMA ANÁLISE DO REGIME GERAL DE RESPONSABILIDADE DE PLATAFORMAS E A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 23.732/2024 DO TSE, <i>Enrico Cattoni Poffo, João Victor Archegas, Luíza Furtado</i>	255
9 REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DAS CRIPTOMOEDAS PARA A TRIBUTAÇÃO, <i>Ana Claudia Sandoim, Gabriel Placha, Murilo Bellese Durante Carneiro Leão</i>	280

**LIMITES À UTILIZAÇÃO DO ÁGIO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA NAS
OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS SOB A ÓTICA DO PROPÓSITO
NEGOCIAL NA JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA NO BRASIL**

*LIMITS TO THE USE OF GOODWILL IN TAX MATTER IN
CORPORATE OPERATIONS FROM THE PERSPECTIVE OF
BUSINESS PURPOSE IN ADMINISTRATIVE JURISPRUDENCE IN
BRAZIL*

Carlos Henrique Rossoni¹
Guilherme Cassi²
Udo Guilherme Lutz³

RESUMO

A concepção de *jurisprudência*, dos *precedentes* e dos *pronunciamentos judiciais* permaneceu adstrita, A presente pesquisa tem como intuito a análise dos limites estabelecidos para o aproveitamento do ágio tributário em reestruturações tributárias com o fundamento no propósito comercial em casos tidos como paradigmáticos no Conselho de Administração de Recursos Fiscais (CARF). Nesse ponto, o

¹ Contador, Empresário, Graduado em Direito da FAE Centro Universitário, Pós Graduado em Controladoria e Contabilidade Gerencial pela UFPR. Professor de Pós Graduação da FAE Centro Universitário. Conselheiro fiscal e Vice Presidente de Compliance dos AHC. Contato: rossoni@rossoniconsulting.com.br.

² Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Civil e Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado e professor universitário. Contato: guilherme@cassi.adv.br.

³ Graduado em Direito pela FAE Centro Universitário. Pós Graduando em Direito Tributário Empresarial pela FAE Centro Universitário. Aluno bolsista de pesquisa científica (PAIC, FAE, 2021-2022), aluno voluntário de pesquisa científica (PAIC, FAE, 2019-2020 e 2022-2023). Monitor de Direito Tributário pela FAE (2022 - 2023). Contato: udolutz1@gmail.com.

objetivo principal é realizar a análise crítica de tais limitações apresentadas nos precedentes, com a utilização do confronto de textos doutrinários e limites efetivamente impostos pela legislação, bem como com as premissas tidas com os princípios constitucionais em matéria tributária. Como objetivos específicos para análise do tema, têm-se: (a) demonstrar características do ágio em momento anterior à Lei nº 12.973/2014; (b) analisar as alterações que decorreram com a Lei nº 12.973/2014 e a aproximação da contabilidade com o tema na seara tributária; (c) evidenciar a hipótese de o ágio tributário não ser um benefício fiscal. Utilizar-se-á a metodologia dedutiva, com a análise de dados em materiais de fontes diretas, tais como livros, revistas científicas, precedentes judiciais e administrativos – em específico no confronto dos dados fornecidos pela doutrina com os precedentes do CARF na matéria. Os resultados esperados estão em evidenciar as possíveis incongruências e contradições presentes na jurisprudência administrativa sobre o tema ao realizar a análise do ordenamento jurídico tributário brasileiro, em específico na violação de princípios constitucionais em matéria tributária.

Palavras-chave: Ágio. Princípios tributários. CARF. Reestruturação tributária. Propósito comercial.

ABSTRACT

The purpose of this research is to analyze the limits established for the use of tax premiums in tax restructurings based on business purposes in cases considered paradigmatic by the Tax Appeals Administration Council (CARF). At this point, the main objective is to carry out a critical analysis of such limitations presented in the precedents, using the comparison of literature texts and limits effectively imposed by legislation, as well as with the premises taken with the constitutional principles in tax matters. The specific objectives for analyzing the topic includes: (a) demonstrating characteristics of goodwill prior to Law No. 12,973/2014; (b) analyze the changes that occurred with Law No. 12,973/2014 and the approach between accounting and the topic in the tax area; (c) highlight the hypothesis that the tax premium is not a tax benefit. The deductive methodology will be used, with the analysis of data in materials from direct sources, such as books, scientific journals, judicial and administrative precedents – specifically in comparing the data provided by the doctrine with the CARF precedents on the matter. The expected results are to highlight the possible inconsistencies and contradictions present in the administrative jurisprudence on the subject when carrying out the analysis of the Brazilian tax legal system, specifically in the violation of constitutional principles in tax matters.

Keywords: Goodwill. Tax principles. CARF. Tax restructuring. Business purpose.

INTRODUÇÃO

O objeto da pesquisa é analisar como a jurisprudência administrativa trata o tema do ágio tributário nas operações societárias, em especial para a análise do requisito firmado como propósito negocial para a validação da operação. Com a utilização cotidiana de utensílios para realizar o planejamento tributário com a finalidade da maior eficiência na administração de tributos dentro das empresas, a análise de como o tratamento do ágio está sendo analisado pelas cortes administrativas tem total relevância para a comunidade jurídica.

Com isso, o objetivo geral do trabalho é analisar os precedentes ilustrativos julgados na esfera administrativa sobre o tema em comento. Tal objetivo geral pretende realizar a comparação entre os limites encontrados para a utilização do ágio no planejamento tributário com os conceitos empregados pela doutrina e pela análise da legislação tributária sobre o tema, com o confronto dos resultados obtidos para abordar uma posição crítica. Para tanto, têm-se como objetivos específicos para introduzir os preceitos necessários para a análise dos precedentes: (a) conceituar o ágio tributário, bem como suas características em momento anterior à Lei 12.973/2014; (b) realçar a aproximação do ágio contábil com o ágio tributário com a aplicação da Lei 12.973/2014; (c) demonstrar a não caracterização do ágio tributário como benefício fiscal.

Pretende-se, de maneira didática, a divisão em dois capítulos e suas respectivas sequências de tópicos. Com isso, no primeiro capítulo, serão traçadas questões conceituais necessárias com a divisão de tópicos apresentada nos objetivos específicos.

Já para o segundo capítulo, será realizada a busca de questões práticas sobre o tema, com a análise do fundamento da necessidade de um propósito comercial nas operações que envolvem o ágio – tema que é objeto de intensa discussão na seara fiscal administrativa. Para tanto, serão analisados julgados do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) que tratam do assunto para, posteriormente, apresentar a comparação com a visão doutrinária do tema.

Por fim, o presente trabalho utiliza como metodologia a pesquisa dedutiva, em que se parte de premissas gerais, com o ramificação necessária sobre os casos práticos em análise dos precedentes administrativos. Para tanto, a bibliografia a ser usada consta do levantamento bibliográfico geral sobre o tema, que decorre de livros e periódicos acadêmicos, bem como de decisões administrativas que tangenciam o proposto pelo trabalho.

1 CARACTERÍSTICAS DO ÁGIO NO MOMENTO ANTERIOR À LEI 12.973/2014

É patente perceber, de início, que do decisor exige-se o mais sensível dos olhares à causa *sub judice*: é a sensibilidade a espinha dorsal da justa solução ao caso concreto, como bem ditava o iluminado manuscrito de *Siete Partidas*, ao dispor que o juiz deve *ser sensível* e saber Direito, se possível (BORJA; MORENO; BELSO, 2006, p. 306).

De início, cumpre mencionar a justificativa para trazer um tópico destinado a tratar sobre o regime jurídico e as principais características do ágio no período anterior à Lei nº 12.973/2014. Afinal, conforme a estipulação do artigo 65 da Lei nº 12.973/144,

⁴ LUZ. Victor Lyra Guimarães. **Fusões e aquisições**: regime jurídico do ágio. São Paulo: Almedina, 2019, p. 43. No mesmo sentido, “..., tendo em vista que o aproveitamento fiscal do ágio, na forma preconizada pelo Decreto-Lei nº 1.598/1977 e pela Lei nº 9.532/1997, continuará sendo aplicável a incorporações, fusões e cisões realizadas até o final do ano-calendário de 2017, em relação às participações societárias adquiridas até o final de 2014. Para os optantes pela aplicação antecipada da nova lei, o tratamento tributário anterior fica mantido para as participações societárias adquiridas até 31 de dezembro de 2014”. SANTOS, Ramon Tomazela. Caso Globo – A

tal legislação é aplicada para as operações de incorporação, fusão ou cisão que tenham ocorrido até 31 de setembro de 2017 e com a participação societária adquirida até o fim de 2014.

Ainda, durante o período mencionado anteriormente e pela aplicação dos dispositivos a serem aplicados à época, as possibilidades e os limites discutidos pela jurisprudência administrativa no âmbito do Conselho Superior de Recursos Fiscais (CARF) tornam-se extremamente diferentes, conforme será explorado no presente trabalho.

Para tanto, o reconhecimento do ágio começa a ser analisado na seara tributária a partir do Decreto-Lei nº 1.598/1977, em específico nos artigos 20 e seguintes, nos seguintes termos à época:

Art 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e

II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.

A menção ao valor de Patrimônio Líquido pode ser definida como o valor contábil de uma empresa, ou seja, o valor total dos ativos da empresa subtraído o valor total das obrigações (passivos) da empresa.⁵ Ou seja, é o valor líquido dos bens e direitos de uma empresa, caso ela fosse liquidada quando o cálculo é feito.

mensuração do ágio na aquisição de participação societária em pessoa jurídica com patrimônio líquido negativo. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário: Questões atuais**. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 281 – 316, p. 283.

⁵ SANTOS, Ariovaldo dos; et. al. **Manual de contabilidade societária**: aplicável a todas as sociedades: de acordo com as normas internacionais e do CPC. 4. ed. Barueri (SP): Atlas, 2022, p. 305.

Ademais, remete-se à menção de Ramon Tomazela Santos de que o desdobramento do custo com base nos dois incisos do artigo 20 seria realizado pelo contribuinte cujo investimento fosse avaliado pelo Método de Equivalência Patrimonial.⁶ Nesse ponto, com base no CPC (Comitê de Pronunciamentos contábeis) nº 18, o método de equivalência patrimonial é

... o método de contabilização por meio do qual o investimento é inicialmente reconhecido pelo custo e, a partir daí, é ajustado para refletir a alteração pós-aquisição na participação do investidor sobre os ativos líquidos da investida. As receitas ou as despesas do investidor incluem sua participação nos lucros ou prejuízos da investida, e os outros resultados abrangentes do investidor incluem a sua participação em outros resultados abrangentes da investida.⁷

Assim, pode-se registrar que o método da equivalência patrimonial é um método de contabilização utilizado para registrar investimentos em empresas controladas ou coligadas. Esse método reconhece inicialmente o investimento pelo custo e, em seguida, ajusta-o para refletir as alterações ocorridas após a aquisição na participação do investidor nos ativos líquidos da investida.

As receitas ou despesas do investidor incluem sua participação nos lucros ou prejuízos da investida, enquanto outros resultados abrangentes do investidor incluem sua participação em outros resultados abrangentes. Esse método é aplicado para refletir a natureza do investimento a longo prazo e seu objetivo é proporcionar informações úteis e relevantes para os usuários das demonstrações financeiras, a fim de permitir que eles avaliem a performance do investidor e a situação financeira do investimento em conjunto.

⁶ SANTOS. Ramon Tomazela. **Ágio na Lei 12.973/2014**: aspectos tributários e contábeis. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 27.

⁷ COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS. **CPC 18 - Investimentos em Coligadas e Controladas**. São Paulo: CPC, 2015.

Em um primeiro momento, pode-se perceber a conceituação de ágio a partir do inciso II como o “sobrepreço pago na aquisição de determinado bem”⁸. De maneira técnica com a literalidade da lei, Hugo Marcondes Rosestolato da Costa define o ágio do referido inciso como “a diferença entre o custo do investimento e o valor do patrimônio líquido (correspondente à participação adquirida) à época da aquisição”.⁹ Assim, em um exemplo hipotético formulado de maneira discricionária, se uma empresa Y tivesse um patrimônio líquido de 100 e fosse vendida por 110, o ágio (valor pago a maior) seria de 10.

Entretanto, quando realizado o lançamento do ágio ou deságio, segundo o §2º do art. 20 em comento, deveria ser indicado o fundamento com base em três hipóteses, em sua literalidade:

§ 2º - O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:

- a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;
- b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios;
- c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Assim, diferentemente da aplicação pela contabilidade sobre o tema, que será visto em tópico posterior, os fundamentos que justificam o ágio para fins tributários

⁸ LUZ. Victor Lyra Guimarães. **Fusões e aquisições**: regime jurídico do ágio. São Paulo: Almedina, 2019, p. 44.

⁹ COSTA, Hugo Marcondes Rosestolato da; Amortização fiscal do ágio já amortizado contabilmente: Caso Volvo. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário**: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 229 – 252, p. 236.

são três: “(i) mais-valia dos ativos, (ii) expectativa de rentabilidade futura e (iii) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.”¹⁰

Entretanto, como menciona Ramon Tomazela Santos sobre o tema, era necessário que o comportamento do adquirente da participação societária seja coerente com a justificativa para o pagamento do ágio.¹¹ O autor utiliza como exemplo que, se o ágio foi baseado na expectativa de rentabilidade futura (fundamento da alínea b), a pessoa jurídica adquirente deveria apresentar demonstrações com projeções dos resultados esperados e evitar alienar os bens do ativo em curto prazo, exceto se houver razões justificáveis para a mudança de destinação dos bens.¹²

Mesmo com a especificidade e detalhes importantes que o legislador fez sobre o tema, até a edição da Lei nº 9.532/97, o ágio não possuía reflexo para discussão tributária. Com o advento da referida lei, os principais fundamentos (§2º e alíneas) para a aquisição societária ganharam importante relevância.¹³

Isto se dá com a introdução da possibilidade de amortização do ágio na hipótese de incorporação cisão ou fusão ao qual foi adquirido com ágio ou deságio.¹⁴

¹⁰ FONSECA, Fernando Daniel de Moura; LIMA, Daniel Serra. A relação entre os conceitos jurídico e contábil de ágio antes e depois da Lei das S/A: O Problema da Interdisciplinaridade no Direito Tributário. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário**: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 43 – 66, p. 50.

¹¹ SANTOS. Ramon Tomazela. **Ágio na Lei 12.973/2014**: aspectos tributários e contábeis. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 44-45.

¹² *Idem.*, p. 44 - 45.

¹³ COSTA, Hugo Marcondes Rosestolado da; Amortização fiscal do ágio já amortizado contabilmente: Caso Volvo. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário**: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 229 – 252, p. 238.

¹⁴ LOBATO, Valter de Souza. O Novo Regime Jurídico do Ágio na Lei 12.973/2014. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário**: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 99 – 122, p. 101.

A amortização seria a possibilidade de registrar a distribuir o valor à título de ágio ao longo do tempo, isto é, não seria feito o registro contábil imediato.¹⁵

Com a aplicação do art. 7º, inciso III da referida Lei vigente na época, ficou possível amortizar o valor do ágio realizado com expectativa de rentabilidade futura (art. 20, §2º, alínea “b”, Decreto-Lei nº 1.598/77), após a incorporação, fusão ou cisão da empresa, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real. Essa amortização deve ocorrer à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração.¹⁶

Com isso, uma grande parte dos ágios gerados foi justificado com base na expectativa de rentabilidade futura, e essa expectativa era atestada por meio de uma demonstração requerida legalmente, que muitas vezes era baseado no método do fluxo de caixa descontado, motivados pelo regime tributário mais vantajoso fornecido pela possível amortização.¹⁷ Para a demonstração referida, o §3º do artigo 20 da referida lei à época menciona que “o lançamento com os fundamentos de que tratam as letras a e b do § 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração”. O importante é mencionar, sobre a

¹⁵ Por exemplo, se uma empresa adquiriu outra por US \$ 10 milhões e o valor contábil dos ativos líquidos da empresa adquirida era de US \$ 7 milhões, então o ágio foi de US \$ 3 milhões. Em vez de registrar todo o valor do ágio imediatamente, a empresa compradora pode optar por amortizá-lo ao longo de, por exemplo, 10 anos, o que significa que o valor do ágio seria registrado no balanço patrimonial como um ativo intangível de US \$ 300.000 por ano durante 10 anos.

¹⁶ Nas palavras de Valter de Souza Lobato; “O ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura poderá ser amortizado, à razão de 1/60 (um sessenta) avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração. Finalmente, o ágio fundado em intangíveis, ou outras razões econômicas, não poderá ser amortizado. Este é o regime da Lei nº 9.532/97.”. LOBATO, Valter de Souza. O Novo Regime Jurídico do Ágio na Lei 12.973/2014. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário**: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 99 – 122, p. 108.

¹⁷ LOBATO, Valter de Souza. O Novo Regime Jurídico do Ágio na Lei 12.973/2014. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário**: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 99 – 122, p. 108.

demonstração, que não há por parte do legislador nenhuma disciplina sobre “a forma e os critérios objetivos a serem seguidos para a sua demonstração”.¹⁸

2 ÁGIO APÓS AS ALTERAÇÕES ADVINDAS DA LEI Nº 12.973/2014

O presente tópico, após todas as premissas necessárias enfrentadas, tem a finalidade de expor as alterações no que tange ao ágio com o advento da Lei nº 12.973/14, principalmente na aproximação do conceito fiscal de ágio ao conceito contábil e as alterações sobre sua amortização para fins de dedução do IRPJ e CSLL.¹⁹

Ao contrário da definição de ágio pelo Decreto-Lei nº 1.598/77, que era caracterizado apenas pela diferença do valor desembolsado com a aquisição com o valor do patrimônio líquido, para a contabilidade, o ágio possui uma maior complexidade, visto de maneira sintetizada como a “diferença entre o valor de aquisição da participação societária e o valor do patrimônio após a alocação da mais-valia dos ativos e do reconhecimento dos intangíveis ainda não registrados”.²⁰ Sobre

¹⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. A figura do “laudo” nas operações societárias com Ágio: do retrato da expectativa de rentabilidade futura para o retrato do valor justo. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário**: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 169 - 192. p. 174.

¹⁹ LOBATO, Valter de Souza. O Novo Regime Jurídico do Ágio na Lei 12.973/2014. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário**: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 99 – 122, p. 113; TEIXEIRA, Tiago Conde; TEIXEIRA, Yann Santos. Planejamento tributário e a amortização do ágio. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário**: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 123 – 168, p. 155.

²⁰ FONSECA, Fernando Daniel de Moura; LIMA, Daniel Serra. A relação entre os conceitos jurídico e contábil de ágio antes e depois da Lei das S/A: O Problema da Interdisciplinaridade no Direito Tributário. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário**: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 43 – 66, p. 50.

tal definição, Sacha Coelho e Eduardo Coelho trazem à baila a seguinte citação sobre o tema:

Contabilmente, ágio representa uma parcela do custo de aquisição do investimento, decorrente de valores existentes no patrimônio da investida, mas nela não contabilizados. Do ponto de vista material, ágio é a parcela do custo que representa o direito da investidora de participar em valores não contabilizados pela investida. Em termos práticos, significa reconhecer o ágio como sendo a diferença entre o custo de aquisição dos ativos registrados na investida e o seu valor justo, vale dizer, a diferença entre o valor pago e o contabilizado.²¹

Segundo Ramon Tomazela Santos, a Lei nº 12.973/2014 trouxe diversas inovações, entre elas, a adoção de um critério de alocação residual do ágio de rentabilidade futura, a limitação do aproveitamento do ágio em operações entre partes dependentes, a obrigatoriedade de elaboração de laudo de avaliação por peritos independentes e a criação de regras específicas para aquisições em estágio e para as contraprestações contingentes em combinações de negócios.²² De maneira didática, têm-se as principais alterações que serão debruçadas no presente tópico:

Nesse sentido, (i) ao retirar da apuração do ágio o aspecto subjetivo do adquirente (consubstanciado nos fundamentos econômicos anteriormente analisados), passando a determinar que o ágio amortizável por expectativa de rentabilidade futura reside no caráter residual após a avaliação a valor justo dos ativos e passivos da adquirida; (ii) ao prever regras objetivas atinentes à comprovação do ágio mediante laudo de avaliação; e (iii) impedir, de forma expressa, a apuração do

²¹ COELHO, Sacha Calmon Navarro; COELHO, Eduardo Junqueira. O Conceito Tributário de Ágio previsto no decreto-lei 1.598/77 e os requisitos para a sua amortização com base no art. 7º da Lei nº 9.532/1997 In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário**: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 67 - 98, p. 79.

²² SANTOS. Ramon Tomazela. **Ágio na Lei 12.973/2014**: aspectos tributários e contábeis. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 15.

ágio interno, a aludida Lei criou um instituto jurídico mais robusto e que, a princípio, afasta-se de todas as discussões relacionadas ao ágio “antigo”.²³

Nessa esteira, a Lei nº 12.973/2014 trouxe uma novidade na disciplina jurídica do tema. O artigo 22, caput, prevê que a pessoa jurídica que incorporar, fundir ou cindir outra, na qual detinha participação societária adquirida com ágio por rentabilidade futura decorrente da aquisição de participação societária entre partes não dependentes, poderá excluir, para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, o saldo do ágio existente na contabilidade na data da aquisição da participação societária, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração.²⁴ Com isso, o conceito de ágio não mais corresponde ao custo de aquisição que excede o patrimônio líquido, agora com a adoção da métrica contábil em que o ágio representa a parcela que ultrapassa o valor justo dos ativos, sendo equivalente ao goodwill contábil ou ao valor pago por uma expectativa de rentabilidade futura.²⁵

No que concerne aos fundamentos da amortização do ágio, percebe-se que, agora, a única possibilidade está na expectativa de rentabilidade futura, designada como uma parcela residual no final da avaliação “dos ativos identificáveis da investida”.²⁶ Isto porque, de acordo com a atual legislação presente no artigo 20, I, II e III, do Decreto-lei nº 1.598/1977, modificado pela Lei nº 12.973/2014, a aquisição de participações societárias deve ser registrada na seguinte ordem: (i) valor do

²³ LUZ. Victor Lyra Guimarães. **Fusões e aquisições**: regime jurídico do ágio. São Paulo: Almedina, 2019, p. 138.

²⁴ SANTOS. Ramon Tomazela. **Ágio na Lei 12.973/2014**: aspectos tributários e contábeis. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 99.

²⁵ RIBEIRO, Ricardo Lodi; SANTOS, Flávio Mattos dos. Natureza Jurídica da Amortização do Ágio: despesa necessária, benefício fiscal ou norma antielisiva?. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário**: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 17 – 41, p. 27.

²⁶ LUZ. Victor Lyra Guimarães. **Fusões e aquisições**: regime jurídico do ágio. São Paulo: Almedina, 2019, p. 115.

patrimônio líquido na época da aquisição, conforme a legislação societária; (ii) mais-valia ou menos-valia de ativos, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida (ativos identificáveis adquiridos e passivos assumidos) e o valor do patrimônio líquido; e (iii) valor residual, que pode ser ágio por rentabilidade futura (se positivo) ou ganho proveniente de compra vantajosa (se negativo).²⁷

Victor Lyra Guimarães Luz, de maneira sistemática, define tais desdobramentos da seguinte maneira que merece destaque literal:

De acordo com este regime, o custo de aquisição, diferentemente do regime antigo, deve ser desdobrado em 3 parcelas, tendo sido criado um novo critério de alocação entre: (a) Valor do patrimônio líquido: calculado de acordo com o MEP, como já constava da redação original do dispositivo; (b) Mais ou menos-valia: correspondente à diferença entre o valor justo dos ativos (tangíveis e intangíveis) líquidos adquiridos e dos passivos assumidos da sociedade e o seu valor patrimonial; (c) Goodwill: ágio por rentabilidade futura, que corresponde à diferença positiva entre o custo de aquisição e o somatório da mais-valia e do valor patrimonial do investimento, relegando ao goodwill o mesmo traço residual que lhe confere as regras contábeis – ou seja, de acordo com as novas regras, não haverá mais problemas em relação à apuração de goodwill, desde que os valores sejam comprovados e forem superiores ao valor de PL e à mais-valia dos ativos da investida.”²⁸

Assim, a partir dos artigos 22 e 23 da Lei nº 12.973/2014, o “novo” ágio por rentabilidade futura, que é a parte do valor de aquisição que excede o patrimônio

²⁷ SANTOS. Ramon Tomazela. **Ágio na Lei 12.973/2014**: aspectos tributários e contábeis. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 91.

²⁸ LUZ. Victor Lyra Guimarães. **Fusões e aquisições**: regime jurídico do ágio. São Paulo: Almedina, 2019, p. 155.

líquido e não pode ser atribuída a mais-valia dos ativos identificáveis, passou a ser denominado como goodwill.²⁹

Ato contínuo, outra novidade presente na Lei é a proibição expressa da dedutibilidade do ágio em expectativa de rentabilidade futura quando as operações forem realizadas entre partes dependentes, com base no seguinte artigo:

Art. 25. Para fins do disposto nos arts. 20 e 22, consideram-se partes dependentes quando:

I - o adquirente e o alienante são controlados, direta ou indiretamente, pela mesma parte ou partes;

II - existir relação de controle entre o adquirente e o alienante;

III - o alienante for sócio, titular, conselheiro ou administrador da pessoa jurídica adquirente;

IV - o alienante for parente ou afim até o terceiro grau, cônjuge ou companheiro das pessoas relacionadas no inciso III; ou

V - em decorrência de outras relações não descritas nos incisos I a IV, em que fique comprovada a dependência societária.

Desta feita, ao contrário da lacuna da legislação anterior sobre o tema que nada previa sobre o ágio³⁰, têm-se positivado quais são as hipóteses de dependência.

²⁹ COSTA, Hugo Marcondes Rosestolado da; Amortização fiscal do ágio já amortizado contabilmente: Caso Volvo. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário: Questões atuais**. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 229 – 252, p. 249.

³⁰ De maneira interessante e importante, Sacha Coelho e Eduardo Coelho trazem a precisa argumentação: “Acrescente-se que o fato de a novel Lei 12.973/2014 estabelecer expressamente a proibição à dedutibilidade do goodwill surgido em operações societárias realizadas entre partes dependentes, além de dispor pormenorizadamente as situações que se subsumem àquela hipótese, confirmam que, sob a égide da legislação tributária anterior, não era proibida a amortização do ágio gerado entre partes dependentes. Ademais, a finalidade da contabilidade é expressar de forma fidedigna a realidade patrimonial da entidade ou de um grupo de empresas (por meio de balanços consolidados ou de outra técnica de consolidação), enquanto o Direito Tributário se presta a outros fins, não havendo sentido em se igualar o tratamento contábil do ágio ao tributário, se a lei tributária criou um conceito autônomo, com efeito próprios” COELHO, Sacha Calmon Navarro; COELHO, Eduardo Junqueira. O Conceito Tributário de Ágio previsto no decreto-lei 1.598/77 e os requisitos para a sua

Por fim, das principais mudanças que derivaram da nova legislação sobre o tema, tem-se que o demonstrativo (art. 20, §3º, Decreto-Lei nº 1.598/77) requerido até então foi alterado para a figura do laudo (art. 22, §1º, I, Lei nº 12.973/2014).³¹ Isto é, enquanto a legislação anterior exigia apenas que o lançamento contábil do fundamento econômico fosse "baseado em demonstração que o contribuinte arquivará", a nova lei passou a exigir a confecção de laudo técnico a ser realizado por empresa especializada e independente para justificar o valor da aquisição que deve ser arquivado na Receita Federal ou registrado em cartório.³² Victor Lyra Guimarães da Cruz traz tais requisitos para o laudo de maneira sistemática:

Com relação à forma por meio da qual o desdobramento do custo de aquisição será comprovado, permitindo os correspondentes aproveitamentos fiscais, a Lei nº 12.973/12 acrescentou o §3º ao artigo 29 do DL nº 1.598/77, segundo o qual o laudo de avaliação deverá ser: (i) elaborado, obrigatoriamente, por perito independente; e (ii) protocolado na Secretaria da RFB ou ter seu sumário registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos até o 13º mês subsequente ao da aquisição da participação societária.³³

Nesse raciocínio, percebe-se que a finalidade do laudo, diferentemente da demonstração necessária na legislação anterior que buscava reconhecer qual o

amortização com base no art. 7º da Lei nº 9.532/1997 In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário**: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 67 - 98, p. 90 - 91.

³¹ SCHOUERI, Luís Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. A figura do "laudo" nas operações societárias com Ágio: do retrato da expectativa de rentabilidade futura para o retrato do valor justo. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário**: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 169 - 192, p. 188.

³² LOBATO, Valter de Souza. O Novo Regime Jurídico do Ágio na Lei 12.973/2014. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário**: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 99 - 122, p. 115.

³³ LUZ. Victor Lyra Guimarães. **Fusões e aquisições**: regime jurídico do ágio. São Paulo: Almedina, 2019, p. 119.

fundamento econômico por trás do ágio, está em “mensurar o exato valor correspondente à mais-valia dos ativos empresariais correspondente à diferença entre o seu valor justo e o patrimonial”.³⁴

Durante o presente tópico, portanto, houve a busca para unificar as principais mudanças que aconteceram no regime jurídico do ágio com a inserção da Lei nº 12.973/2014, tais pontos serão de extrema importância visto alterarem de maneira significativa a aplicação do tema e, conseqüentemente, uma nova visão a ser analisada pelas autoridades competentes.

Assim, foi possível perceber as mudanças legislativas que, das diversas alterações, as mais importantes e que merecem destaques são: (a) aproximação do ágio para o conceito contábil; (b) utilização do ágio apenas com base na rentabilidade futura; (c) impossibilidade do ágio entre partes dependentes; (d) necessidade da realização de laudo independente sobre a operação.

3 A AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO É UM BENEFÍCIO FISCAL?

Posterior à conceituação do tema do ágio referido pela legislação anterior à Lei nº 12.973/2014, debruça-se a análise sobre a hipótese de a amortização do ágio ser classificada como um benefício fiscal. Afinal, como leciona menciona Paulo Ayres Barreto sobre o tema, mesmo que a amortização do ágio seja permitida legalmente, a

³⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. A figura do “laudo” nas operações societárias com Ágio: do retrato da expectativa de rentabilidade futura para o retrato do valor justo. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário**: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 169 - 192, p. 188.

diminuição da carga tributária gerada provocou uma grande quantidade de questionamentos sobre as operações por parte da fiscalização tributária.³⁵

Não só pela questão econômica, porém contábil sobre o tema, visto que os principais nuances trazidos pela amortização do ágio são conceitos contábeis de maior envergadura, em que, após a prática da incorporação, quando uma empresa paga um valor acima do valor contábil de uma outra empresa que está sendo adquirida, esse ágio será registrado como um ativo intangível e sua amortização contábil será deduzida para fins fiscais ao longo do período correspondente aos lucros futuros que justificaram o pagamento acima do valor contábil.³⁶

Nesse sentido, começaram a surgir menções de que a amortização do ágio seria considerada como um benefício fiscal concedido ao contribuinte para o incentivo de operações societárias. Como exemplo, Marcella Blok traz a seguinte citação:

“O registro do ágio ou deságio averiguado deverá ser registrado em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento, sendo necessário indicar a razão, o fundamento, de sua existência.

Sendo assim, tendo em vista que o ágio oriundo de incorporações, fusões ou cisões é dedutível na apuração do Imposto de Renda – IR, este se mostra como um benefício fiscal essencial para viabilizar tais operações”³⁷ (Grifos acrescentados).

Entretanto, cumpre registrar que tal caracterização não procede sobre o regime do ágio, visto que

³⁵ BARRETO, Paulo Ayres. Amortização do ágio: limites normativos. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário: Questões atuais**. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 317 – 337, p. 321.

³⁶ LUZ. Victor Lyra Guimarães. **Fusões e aquisições: regime jurídico do ágio**. São Paulo: Almedina, 2019, p. 75.

³⁷ BLOK, Marcella. **Reorganizações Societárias, Fusões, Incorporações, Cisões e outros Eventos Societários: Aspectos Legais, Negociais e Práticos**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 269, grifos acrescentados.

(...) a partir do pressuposto de que o ágio representa uma parcela do custo de aquisição do investimento, que deve ser dedutível para fins fiscais, independentemente do seu fundamento econômico, sob pena de desvirtuamento do conceito de renda.³⁸

Isto é, “daí se dizer que o ágio pago na aquisição do investimento, que integra o seu custo de aquisição, deve ser dedutível para fins fiscais, sob pena de tributação do patrimônio da pessoa jurídica, em violação ao princípio da renda líquida”.³⁹

De acordo com Ramon Tomazela Santos, o artigo 43 do CTN adota um conceito de renda ligado ao acréscimo patrimonial que surge da aquisição da disponibilidade jurídica ou econômica sobre a renda ou proventos de qualquer natureza, que pode ser mensurado periodicamente ou instantaneamente.⁴⁰ O autor também afirma que o conceito de renda-produto⁴¹ do inciso I do artigo 43 do CTN abrange os rendimentos gerados pela exploração de um patrimônio, os rendimentos gerados pelo esforço pessoal do seu titular, bem como os rendimentos provenientes da combinação de ambos os fatores de produção.⁴²

³⁸ SANTOS. Ramon Tomazela. **Ágio na Lei 12.973/2014**: aspectos tributários e contábeis. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 17.

³⁹ SANTOS. Ramon Tomazela. **Ágio na Lei 12.973/2014**: aspectos tributários e contábeis. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 26.

⁴⁰ SANTOS. Ramon Tomazela. **Ágio na Lei 12.973/2014**: aspectos tributários e contábeis. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 21.

⁴¹ Nas palavras de Ricardo Ribeiro e Flávio Mattos dos Santos: “Assim, segundo uma ótica pura da teoria renda-produto, somente o pagamento da renda poderia ser englobado no conceito de renda, na medida em que somente esse elemento representa riqueza nova gerada a partir de um fator de reprodução. Transferência de renda e transferência de capital, por não representarem fluxo de riqueza nova, não poderiam equivaler a renda”. RIBEIRO, Ricardo Lodi; SANTOS, Flávio Mattos dos. Natureza Jurídica da Amortização do Ágio: despesa necessária, benefício fiscal ou norma antielisiva?. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário**: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 17 – 41, p. 33.

⁴² SANTOS. Ramon Tomazela. **Ágio na Lei 12.973/2014**: aspectos tributários e contábeis. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 22.

Nesta linha, Hugo Marcondes Rosestolato da Costa, menciona que que essas regras devem ser interpretadas sistematicamente em conformidade com o conceito constitucional de renda e, especificamente, com o dispositivo do artigo 43 do CTN, em vez de serem interpretadas de maneira restritiva, com a criação de requisitos e condições não previstos em lei, como se representassem isenção tributária ou um favor fiscal a ser repudiado.⁴³

Afinal, a hipótese de incidência do imposto de renda sempre requer a existência de um aumento na riqueza (instantâneo ou mensurado ao longo de um período), mas nem todo aumento na riqueza é parte de tal hipótese de incidência.⁴⁴ Apenas os aumentos na riqueza provenientes de rendas ou proventos de qualquer natureza podem ser incluídos no artigo 43 do CTN, que não abrange as transferências patrimoniais, ou seja, os acréscimos decorrentes de atos não onerosos, provenientes de elementos externos ao patrimônio do contribuinte.⁴⁵

Nesse raciocínio, percebe-se que direito à dedução fiscal do ágio, como menciona Ramon Tomazela Santos⁴⁶, não é um benefício fiscal, pois se trata apenas de um custo incorrido pelo contribuinte na aquisição do investimento, que seria dedutível para fins fiscais no momento da baixa ou liquidação da participação societária, na ausência de regra específica. Inclusive traçando um paralelo, afirmar que o art. 7º da Lei nº 9.532/97 contém benefício fiscal, a nosso ver, seria o mesmo

⁴³ COSTA, Hugo Marcondes Rosestolato da; Amortização fiscal do ágio já amortizado contabilmente: Caso Volvo. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário: Questões atuais**. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 229 – 252, p. 241.

⁴⁴ SANTOS. Ramon Tomazela. **Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis**. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 24.

⁴⁵ SANTOS. Ramon Tomazela. **Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis**. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 24.

⁴⁶ SANTOS. Ramon Tomazela. **Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis**. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 37.

que afirmar que a permissão para a dedução de despesas necessárias, quando da apuração do lucro real, pode ser concebida como um favor fiscal.⁴⁷

Com isso, conclui-se, na mesma linha, Ricardo Lodi Ribeiro e Flávio Mattos dos Santos expressam que a amortização do ágio não é um benefício fiscal, mas sim uma despesa necessária, em que a dedutibilidade é uma decorrência do conceito constitucional de renda.⁴⁸ Portanto, não há necessidade de uma interpretação literal ou restritiva, mas sim de uma hermenêutica em que os princípios constitucionais da renda e da capacidade contributiva sejam observados.⁴⁹

4 O PROPÓSITO NEGOCIAL CONFORME A JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA DO CARF E DA CSRF

De início, conforme Marco Aurélio Greco, autor citado em demasia pelos Conselheiros do CARF ao analisar o tema dos limites ao planejamento tributário:

O cerne do debate sobre planejamento tributário está em identificar quando as operações realizadas pelo contribuinte serão oponíveis ao Fisco, no sentido de não poder recusar os efeitos de menor carga tributária e quando a atividade realizada será considerada um planejamento “contaminado” a significar que os atos ou negócios realizados não produzirão efeitos fiscais pretendidos pelo contribuinte e

⁴⁷ COSTA, Hugo Marcondes Rosestolado da; Amortização fiscal do ágio já amortizado contabilmente: Caso Volvo. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário: Questões atuais**. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 229 – 252, p. 239.

⁴⁸ RIBEIRO, Ricardo Lodi; SANTOS, Flávio Mattos dos. Natureza Jurídica da Amortização do Ágio: despesa necessária, benefício fiscal ou norma antielisiva?. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário: Questões atuais**. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 17 – 41, p. 37.

⁴⁹ RIBEIRO, Ricardo Lodi; SANTOS, Flávio Mattos dos. Natureza Jurídica da Amortização do Ágio: despesa necessária, benefício fiscal ou norma antielisiva?. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário: Questões atuais**. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 17 – 41, p. 37.

que o Fisco – ex officio – poderá negar-lhes eficácia e, frequentemente, tratá-los segundo o perfil real (e não meramente formal) que apresentem⁵⁰

Assim, em síntese para a teoria do autor, devem ser atendidos três requisitos para que a operação tributária seja considerada válida e legal, sendo as hipóteses em que o contribuinte: “(i) agisse antes da ocorrência do fato gerador; (ii) mediante atos lícitos; (iii) não cometesse simulação (vista como vício da vontade)”.⁵¹

Conforme demonstrado no capítulo anterior, a Lei nº 12.973/14 trouxe significativas mudanças sobre o aproveitamento do ágio em matéria tributária. Com tais alterações, foram positivadas normas que sanaram diversas discussões existentes na matéria, como, por exemplo, a possibilidade da utilização do ágio entre grupos dependentes e a atual necessidade de um laudo oficial sobre a operação.

Não obstante, mesmo com as alterações apresentadas, acredita-se que as discussões que envolvem estão longe de serem finalizadas, com base nos seguintes argumentos: (i) ainda há diversos casos pendentes de julgamento no CARF sobre o tema, devido ao tempo para um processo ser julgado em última “instância” administrativa; e (ii) pelo fato da lei não alcançar todas as possibilidades que envolvem as operações com o ágio.

Com relação ao ponto “ii” têm-se como exemplo o fato de que “a RFB também poderá sustentar que a aquisição de participações societárias de minoritários não atende ao propósito comercial e, portanto, o aproveitamento do ágio está vedado”.⁵²

⁵⁰ GRECO, Marco Aurélio. Reorganização Societária e Planejamento Tributário, p. 30 – 49, in: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.). **Reorganização Societária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 36.

⁵¹ GRECO, Marco Aurélio. Reorganização Societária e Planejamento Tributário, p. 30 – 49, in: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.). **Reorganização Societária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 37

⁵² LUZ. Victor Lyra Guimarães. **Fusões e aquisições: regime jurídico do ágio**. São Paulo: Almedina, 2019, p. 150.

Enfrentado tais disposições iniciais necessárias, passa-se à análise de fundamentos utilizados para a desconsideração da operação realizada, com a consequente impossibilidade da dedução do ágio tributário.

4.1 FUNDAMENTOS DO PROPÓSITO NEGOCIAL, SIMULAÇÃO E ABUSO DE DIREITO

Diante do tema do planejamento tributário com a utilização e aproveitamento do ágio, muito se tem discutido sobre o propósito comercial nas operações societárias, bem como as práticas de simulação e/ou abuso de direito nessas práticas. Afinal, “..., a amortização do ágio, muito embora seja expressamente permitida pela legislação, tem gerado diversos questionamentos por parte da fiscalização tributária, devido ao fato de acarretar a diminuição da carga tributária do contribuinte”.⁵³

Nesse sentido, a Autoridade Fazendária utiliza como fundamento a ausência de propósito comercial para desconsiderar o aproveitamento tributário nas operações – de modo, ainda, aplicar penalidades como a multa qualificada em alguns casos em que se imputa a fraude da operação.⁵⁴ No mesmo raciocínio, as Autoridades têm autuado operações tidas como simuladas, de modo que o ágio gerado seria realizado a partir do abuso de direito para conseguir algum benefício tributário, principalmente

⁵³ BARRETO, Paulo Ayres. Amortização do ágio: limites normativos. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário**: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 317 – 337, p. 321.

⁵⁴ Nesse sentido: “Nos últimos anos, em diversos precedentes proferidos pelo CARF, sustenta-se que a reorganização societária realizada pelo contribuinte, para permitir o aproveitamento fiscal do ágio, será inoponível ao Fisco se não houver um propósito comercial que a justifique”. SANTOS. Ramon Tomazela. **Ágio na Lei 12.973/2014**: aspectos tributários e contábeis. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 323.

com a utilização da chamada sociedade veículo para conseguir realizar o aproveitamento tributário.⁵⁵

Em sede doutrinária, trata-se da seguinte afirmação proferida por Marco Aurélio Greco e replicada pelos Conselheiros Fazendários:

Como esta análise situa-se no âmbito de atos ou negócios realizados visando obter menor carga tributária, o motivo não pode ser o próprio resultado obtido (menor carga tributária). Vale dizer, a operação tributariamente relevante não se justifica pelo próprio efeito tributário que produz. O motivo que pode afastar a alegação de abuso é o motivo extra-tributário. Vale dizer, evento real, pertinente e suficiente, externo ao âmbito tributário, que leva à produção de certo ato e que acarreta menor carga tributária como eventualidade e não como sua razão de ser.⁵⁶

Isto é, para a teoria proposta pelo Autor, realizar uma operação com implicações fiscais não pode ser simplesmente com a finalidade redução dos impostos em si. Em outras palavras, não é suficiente realizar uma operação apenas pelo benefício fiscal que ela proporciona. Essa é a linha de abordagem apresentada por alguns dos Conselheiros em Acórdãos proferidos que se passará a analisar, com a subsequente crítica doutrinária a ser realizada.

Para tanto, o presente tópico tem como objetivo analisar julgados administrativos do CARF e do CSRF na matéria – de modo a observar os fundamentos utilizados pelos Conselheiros para desconsiderar as operações, bem como, eventualmente, aplicar a multa qualificada sobre as movimentações feitas.

⁵⁵ LUZ, Victor Lyra Guimarães. **Fusões e aquisições**: regime jurídico do ágio. São Paulo: Almedina, 2019, p. 83.

⁵⁶ GRECO, Marco Aurélio. Reorganização Societária e Planejamento Tributário, p. 30 – 49, in: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.). **Reorganização Societária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 42.

4.2 DELIMITAÇÃO DOS JULGADOS UTILIZADOS

De início, foi realizada a consulta de Acórdãos no sistema do CARF sobre decisões proferidas a respeito do tema em análise. Com isso, foi possível encontrar diversas posições, a variar com o Conselheiro Relator. De maneira desfavorável ao tema, encontram-se decisões pela indedutibilidade do ágio com o fundamento na ausência de propósito negocial e substrato econômico na operação. Trata-se do exemplo da seguinte ementa:

ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer a participação de uma pessoa jurídica investidora originária, que efetivamente tenha acreditado na "mais valia" do investimento e feito sacrifícios patrimoniais para sua aquisição.

Inexistentes tais sacrifícios, notadamente em razão do fato de alienantes e adquirentes integrarem o mesmo grupo econômico e estarem submetidos a controle comum, evidencia-se a artificialidade da reorganização societária que, carecendo de propósito negocial e substrato econômico, não tem o condão de autorizar o aproveitamento tributário do ágio que pretendeu criar.⁵⁷

No vertente caso, portanto, há a caracterização da operação como artificial, com o fundamento de que não há “propósito negocial” ou “substrato econômico” que justifique os movimentos realizados. Inclusive, durante o inteiro teor do Acórdão, um dos argumentos mencionados pelo Conselheiro Relator está nas restrições que as Ciências Contábeis têm em relação ao ágio gerado internamente sem a “circulação

⁵⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão n° 9101003.078. **Processo n° 14367.720009/201408. Recurso Especial do Contribuinte.** 1ª Turma. Recorrente: PROCTER & GAMBLE DO BRASIL S.A. Relator: Conselheiro Rafael Vidal de Araújo. Sessão 12 de setembro de 2017, p. 1. Cumpre ressaltar que, com o advento do Decreto n° 9.580/2018, o referido artigo torna-se revogado. Entretanto, de maneira similar, trata-se do artigo 433 do Decreto n° 9.580/2018.

de riquezas”, bem como a ausência de lei sobre o tema, de modo que não há a possibilidade de um tratamento diferenciado ao ágio interno.⁵⁸

Em raciocínio semelhante, foi encontrado a seguinte ementa em Acórdão proferido pelo CARF.

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE SOCIEDADE VEÍCULO SEM PROPÓSITO NEGOCIAL. ANTECIPAÇÃO DE EXCLUSÕES DO LUCRO REAL E DA BASE DE CÁLCULO DA CSLL. IMPOSSIBILIDADE.

A utilização de sociedade veículo, de curta duração, colimando atingir posição legal privilegiada, quando ausente o propósito comercial, constitui prova da artificialidade daquela sociedade e das operações nas quais ela tomou parte, notadamente a antecipação de exclusões do lucro real e da base de cálculo da CSLL. A operação levada a termo nesses moldes deve ser desconsiderada para fins tributários.

SIMULAÇÃO. SUBSTANCIA DOS ATOS.

Não se verifica a simulação quando os atos praticados são lícitos e sua exteriorização revela coerência com os institutos de direito privado adotados, assumindo o contribuinte as consequências e ônus das formas jurídicas por ele escolhidas, ainda que motivado pelo objetivo de economia de imposto.⁵⁹

No caso em questão, pode-se inferir que quando uma empresa busca obter uma posição legal vantajosa sem um verdadeiro propósito comercial, isso indicaria que a empresa está agindo de forma artificial e enganosa. Assim, ao entendimento do julgado, quando uma empresa realiza uma operação nesses termos, essa operação

⁵⁸ Na citação literal do voto proferido pelo Conselheiro Relator: “Diante de todo o exposto, conclui-se que as próprias Ciências Contábeis têm restrições em relação à existência do ágio gerado internamente, por meio de operações societárias realizadas no interior de um grupo econômico e sem o lastro de efetiva circulação de riquezas. Com base nisso e na inexistência de lei que estabeleça tratamento tributário diferenciado para este instituto, forçoso se faz concluir pela inutilidade do denominado “ágio interno” para os fins pretendidos pela recorrente”. BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 9101003.078. **Processo nº 14367.720009/201408. Recurso Especial do Contribuinte.** 1ª Turma. Recorrente: PROCTER & GAMBLE DO BRASIL S.A. Relator: Conselheiro Rafael Vidal de Araújo. Sessão 12 de setembro de 2017, p. 27

⁵⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 1402001.404. **Processo 11020.724809/201170. Recurso Voluntário.** 4ª Câmara, 2ª Turma Ordinária. Recorrente: LUPATECH S/A (SUCESSORA DE TECVAL VÁLVULAS INDUSTRIAIS LTDA). Relator: Paulo Roberto Cortez. Sessão de 09 de julho de 2013, p. 1.

deve ser ignorada ou desconsiderada como o fundamento de que não se pode usar artifícios legais apenas para obter benefícios fiscais sem um propósito comercial genuíno. Entretanto, deve-se registrar que, ao menos, a caracterização de simulação foi afastada, com a consequente remoção da multa qualificada, porém, com a desconsideração do planejamento tributário à título de ágio.

No mesmo sentido, traz-se mais um julgado proferido pelo CARF para análise da ementa e principais argumentos utilizados, com a justificativa do Acórdão presente pelos fundamentos apresentados pelo Conselheiro Relator. Trata-se do seguinte Acórdão:

GLOSA DE DESPESAS. INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE INVESTIDORA (EMPRESA VEÍCULO) POR SUA INVESTIDA. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. INDEDUTIBILIDADE.

É indedutível a amortização do ágio, quando uma sociedade controlada (autuada), sem demonstrar haver propósito comercial na operação, tendo como único objetivo a obtenção de benefício fiscal (amortização do ágio), incorpora a sociedade controladora (“empresa veículo”), em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura da própria controlada.⁶⁰

No inteiro teor do Acórdão, o Conselheiro Relator definiu a sociedade-veículo nos seguintes termos:

Uma empresa funcionará como **veículo** em certa operação se receber e repassar algo, em geral um ativo, sem que exista um propósito extratributário suficiente para explicar essa circulação, independentemente de sua duração, de ser uma sociedade operacional ou não, de em regra cumprir suas obrigações ou não. Vale dizer: até mesmo uma empresa longa, operacional e que costuma cumprir suas obrigações pode ser usada como veículo em certa operação se receber e repassar recursos sem propósito extratributário. Sendo assim, para refutar a acusação de uso de empresa-veículo é inócuo comprovar que a referida empresa teve longa duração, era

⁶⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 1401-004.194. **Processo nº 16682.722456/2017-88. Recurso Voluntário.** 1ª Seção de Julgamento, 4ª Câmara, 1ª Turma Ordinária. Recorrente: SOUTH32 MINERALS S. A. Relator: Conselheiro Cláudio de Andrade Camerano. Sessão de 11 de fevereiro de 2020, p. 1.

operacional e em regra cumpria suas obrigações, se, por outro lado, não ficar demonstrado que, em certa operação, havia um propósito extratributário para ela receber e repassar recursos.⁶¹

Trata-se de uma definição de empresa veículo nos ditames da doutrina de Marco Aurélio Greco, em que a fundamentação não está apenas na existência formal, mas, sim, na necessidade de motivos substancial para a existência da referida sociedade.⁶²

Ademais, para o Conselheiro, foi possível evidenciar a artificialidade da operação e, portanto, ilícita, de modo que o ágio não poderia ser utilizado. Ainda, cumpre ressaltar em sua fundamentação o argumento de que as restrições ao ágio interno não vieram apenas na Lei nº 12.973/2014, de modo que sempre estiveram presentes os fundamentos que afastariam planejamentos com empresa veículo e sem o devido propósito negocial.⁶³

Inclusive, nesse raciocínio, o Conselheiro relatou que a lei não permite de maneira explícita que os contribuintes se beneficiem da amortização de despesas

⁶¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 1401-004.194. **Processo nº 16682.722456/2017-88. Recurso Voluntário.** 1ª Seção de Julgamento, 4ª Câmara, 1ª Turma Ordinária. Recorrente: SOUTH32 MINERALS S. A. Relator: Conselheiro Cláudio de Andrade Camerano. Sessão de 11 de fevereiro de 2020, p. 32.

⁶² GRECO, Marco Aurélio. Reorganização Societária e Planejamento Tributário, p. 30 – 49, in: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.). **Reorganização Societária.** São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 48.

⁶³ Em transcrição literal do voto proferido pelo Conselheiro Relator: “Ora, desde que começaram a surgir os casos intitulados de **ágio interno**, era clara a leitura da legislação acerca do tema, tanto por parte da administração tributária, quanto por parte dos órgãos contábeis e CVM, sempre no mesmo sentido, de que o art. 386 não contemplaria a dedução fiscal de ágio surgido entre partes relacionadas, aliado a outras situações que apareciam, como **empresa veículo** e operações entre empresas ligadas sem qualquer **propósito negocial**. **Incorreto** deduzir, portanto, que antes da Lei nº 12.973/2014, não haveria qualquer restrição quanto ao surgimento de ágio **interno** e dedutibilidade de sua amortização”. BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 1401-004.194. **Processo nº 16682.722456/2017-88. Recurso Voluntário.** 1ª Seção de Julgamento, 4ª Câmara, 1ª Turma Ordinária. Recorrente: SOUTH32 MINERALS S. A. Relator: Conselheiro Cláudio de Andrade Camerano. Sessão de 11 de fevereiro de 2020, p. 30.

originadas em negócios que não têm uma natureza legítima, com o argumento de que não é aceitável permitir, sob o risco de criar conflitos com as leis, que a dedução fiscal seja concedida para o ágio em transações que não refletem a realidade e não têm um propósito comercial genuíno.⁶⁴ Isso se refere ao uso de empresas intermediárias sem uma finalidade legítima, apenas para obter benefícios fiscais, o que não deve ser permitido pelo ordenamento jurídico.

Afinal, na visão do Relator, “não há lógica em supor que a Lei Tributária admitiria ou até incentivaria a criação de empresa **intermediária**, sem função empresarial, como se depreende das teses da Recorrente.”⁶⁵

Não obstante, também há casos em que, mesmo sendo votos vencidos, merece o destaque dos argumentos apresentados por Conselheiros para a desconsideração das operações envolvendo o ágio. Como exemplo, a menção de que uma sociedade empresária “especificamente para permitir a criação de transferência do ágio” padece da inexistência do propósito negocial, inclusive com a caracterização de fraude para a Conselheira.⁶⁶

⁶⁴ Na transcrição literal exposto pelo Conselheiro Relator: “A Lei não autorizou expressamente (e nem poderia) que o contribuinte se beneficie de amortização de despesas originadas em negócios desta natureza. Não é possível admitir, sob pena de aceitar incompatibilidade no ordenamento jurídico, que a lei tenha autoriza a dedução fiscal de ágio mediante operações que não refletem a realidade, sem efetivo propósito, como no caso, a criação/utilização da empresa intermediária sem qualquer finalidade”. BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 1401-004.194. **Processo nº 16682.722456/2017-88. Recurso Voluntário**. 1ª Seção de Julgamento, 4ª Câmara, 1ª Turma Ordinária. Recorrente: SOUTH32 MINERALS S. A. Relator: Conselheiro Cláudio de Andrade Camerano. Sessão de 11 de fevereiro de 2020, p. 33

⁶⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 1401-004.194. **Processo nº 16682.722456/2017-88. Recurso Voluntário**. 1ª Seção de Julgamento, 4ª Câmara, 1ª Turma Ordinária. Recorrente: SOUTH32 MINERALS S. A. Relator: Conselheiro Cláudio de Andrade Camerano. Sessão de 11 de fevereiro de 2020, p. 32.

⁶⁶ Na literalidade do voto vencido apresentado pela Conselheira: “Daí o porquê de a fiscalização ter corretamente consignado que a constituição de uma empresa-veículo “*especificamente para permitir a criação e transferência do ágio*” não possui nenhum *propósito negocial*, tampouco *substância econômica* que justificasse a sua existência, com o que aqui se concorda inteiramente” (...) “Em síntese e conclusão, o único propósito na criação desta empresa-veículo foi o de *tentar construir um cenário que se assemelhasse à hipótese legal que autoriza a*

Diante do exposto, foi possível analisar que há decisões proferidas pelo CARF pela impossibilidade do aproveitamento do ágio, nos mesmos moldes que encontrado por Victor Lyra Guimarães:

“Dentre os principais parâmetros utilizados para tanto, podemos citar: (i) falta de justificativa econômica ou negocial para a constituição da sociedade; (ii) constituição da sociedade pouco tempo antes da aquisição do investimento com ágio; (iii) ausência de atividade operacional significativa (ou nula) na sociedade; (iv) efemeridade da sociedade que, em muitos casos, adquire o investimento e, na sequência, é incorporada pela investida (incorporação reversa); e (v) não utilização de recursos próprios da sociedade adquirente para realizar a transação (por exemplo, vale-se de recursos obtidos via aumento de capital)”.⁶⁷

Com isso, parte-se para a análise crítica dos resultados encontrados, a partir do confronto dos fundamentos proferidos com a doutrina e seu enfoque sobre o tema.

4.3 CRÍTICAS AO POSICIONAMENTO ENCONTRADO

Em início ao propósito negocial, foi possível evidenciar a indedutibilidade do ágio em casos que o Conselheiro Relator fundamentou no sentido da ausência de uma substância econômica. Ainda, pode-se constatar que, na maioria dos casos, a ausência do propósito negocial está interligada com uma dita “sociedade veículo” utilizada para gerar o aproveitamento do ágio.

amortização do ágio pago na aquisição de investimentos, para com isto dolosamente evitar, no todo ou em parte, a ocorrência do fato gerador dos tributos lançados, circunstâncias estas que caracterizam a fraude, tal como conceituada no art. 72 da Lei nº 4.502/64”. BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 9101-005.872. **Processo nº 10855.724094/2011-70. Recurso Especial do Procurador.** CSRF 1ª Turma. Recorrente: FAZENDA NACIONAL. Relator: Conselheira Andréa Duek Simantob. Sessão de 11 de novembro de 2021, p. 13.

⁶⁷ LUZ. Victor Lyra Guimarães. **Fusões e aquisições:** regime jurídico do ágio. São Paulo: Almedina, 2019, p. 85.

Assim, em que pese o argumento trazido pelo Acórdão em que o Relator expressamente mencionou a legalidade de tais operações, percebe-se que não é caso. Trata-se do seguinte trecho exarado por Paulo Ayres Barreto:

Anteriormente à edição de tais dispositivos, inexistia tal vedação, mas dezenas de operações foram desconsideradas pelas Autoridades Fazendárias por terem como consequência a amortização do assim dito ágio interno, considerando-o fruto de planejamento tributário abusivo. Por vezes, fundamentou-se que nelas estaria ausente a substância econômica e o propósito negocial, além de ter-se suscitado, também, a inexistência de pagamento do preço (quando as operações envolviam permuta de ações, por exemplo) e de alteração da situação societária dos acionistas.⁶⁸

Nesse sentido, inclusive, chega ao ponto de evidenciar decisões que, “mesmo na ausência de vício de existência ou de validade no ato ou negócio jurídico praticado pelo contribuinte, as autoridades fiscais poderiam desconsiderá-lo, em virtude da ausência de um propósito negocial distinto da mera economia tributária.”⁶⁹

O Autor Ramon Tomazela Santos traça breve e direta conceituação sobre o propósito negocial aplicada pela Autoridade Fiscal, de modo que importante sua transcrição literal para fundamento:

Em linhas gerais, a teoria do propósito negocial apregoa que a autoridade fiscal pode requalificar o ato ou negócio jurídico praticado pelo contribuinte, na hipótese em que a sua intenção real e efetiva for evitar, reduzir ou retardar o pagamento de tributos, sem qualquer outro propósito econômico ou negocial. Assim, o ato ou

⁶⁸ BARRETO, Paulo Ayres. Amortização do ágio: limites normativos. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário**: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 317 – 337, p. 324.

⁶⁹ SANTOS. Ramon Tomazela. **Ágio na Lei 12.973/2014**: aspectos tributários e contábeis. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 323.

negócio jurídico praticado com a principal finalidade de economizar tributos seria inoponível ao Fisco.⁷⁰

No mesmo sentido, inclusive, pontua Antonio Rabelo Filho e Thalles Paixão:

Com efeito, em muitos casos, deliberadamente e sem qualquer respeito às regras do jogo, os julgadores administrativos têm utilizado a suposta falta de propósito negocial como único fundamento para manter autuações lavradas para a desconsideração de negócios jurídicos realizadas pelos contribuinte.⁷¹

Assim, portanto, percebe-se a ligação da necessidade do propósito negocial pela Autoridade Fiscal com a doutrina de Marco Aurélio Greco, de maneira que as operações deveriam possuir uma finalidade “extra tributária” para ser considerada lícita.

Entretanto, o problema, conforme mencionado nos Acórdãos, está no fato de que “O que observamos é que se tem utilizado de presunções de má-fé dos contribuintes, quando da realização de determinadas operações, como se elas, por si só, demonstrassem vícios na intenção de seus agentes”.⁷² No mesmo sentido, inclusive, ao tentar determinar se existe um motivo comercial genuíno por trás de uma transação, a autoridade fiscal acaba investigando aspectos muito pessoais e íntimos da vida do contribuinte.⁷³ Tal é a crítica formulada por Sacha Coelho e Eduardo Coelho,

⁷⁰ SANTOS, Ramon Tomazela. **Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis**. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 324.

⁷¹ RABELO FILHO, Antonio R.; PAIXÃO, Thalles Eduardo S. Gracelácio da. Glosa do aproveitamento fiscal do ágio pago na aquisição de participações societárias. Novo Round: o argumento da “transferência” do ágio. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário: Questões atuais**. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 417 – 458, p. 423.

⁷² BARRETO, Paulo Ayres. Amortização do ágio: limites normativos. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário: Questões atuais**. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 317 – 337, p. 333.

⁷³ COELHO, Sacha Calmon Navarro; COELHO, Eduardo Junqueira. O Conceito Tributário de Ágio previsto no decreto-lei 1.598/77 e os requisitos para a sua amortização com base no art. 7º da Lei nº 9.532/1997 In:

de maneira que essa abordagem frequentemente leva a uma interpretação subjetiva, já que não é possível quantificar objetivamente os motivos e intenções do contribuinte.⁷⁴

Ademais, principalmente, deve-se pontuar que “não há dispositivo legal admitindo (ao menos de forma expressa) a desconsideração pelo Fisco de negócios jurídicos com por abuso de formas jurídica ou ausência de propósito negocial”.⁷⁵ Ou seja, trata-se de um critério extrajurídico feito pela Autoridade Fiscal para aplicar as penalidades cabíveis.

Nesse mesmo sentido, interessa mencionar o apontamento por Ramon Tomazela Santos de que, além da teoria ser sido “implementada” de maneira desvirtuada de sua posição original no Direito brasileiro, também não observou os principais princípios tributários positivados na Constituição.⁷⁶

Sabe-se que, de acordo com a Constituição Federal de 1988, a tributação deve ser baseada na capacidade contributiva dos cidadãos, conforme determinado pelo

MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário**: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 67 – 98, p. 95.

⁷⁴ COELHO, Sacha Calmon Navarro; COELHO, Eduardo Junqueira. O Conceito Tributário de Ágio previsto no decreto-lei 1.598/77 e os requisitos para a sua amortização com base no art. 7º da Lei nº 9.532/1997 In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário**: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 67 – 98, p. 95.

⁷⁵ TEIXEIRA, Tiago Conde; TEIXEIRA, Yann Santos. Planejamento tributário e a amortização do ágio. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário**: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 123 – 168, p. 125.

⁷⁶ Na transcrição literal do autor: “De fato, a teoria do propósito negocial foi transposta para o direito brasileiro não apenas de forma desvirtuada, após um longo processo de desenvolvimento nos Estados Unidos, mas também sem a observância do direito constitucional brasileiro, que assegura a livre-iniciativa e o direito à auto-organização dos negócios. Assim, no Sistema Tributário Brasileiro, o planejamento tributário deve ser visto como um procedimento lícito, por meio do qual os contribuintes buscam formas legítimas para estruturar os seus negócios da forma que seja menos onerosa sob o ponto de vista tributário. Daí se dizer que a economia lícita de tributos se situa no campo do exercício regular dos direitos e da liberdade de praticar negócios jurídicos válidos e regulares, nos quais impera a adequada correspondência entre a forma e o conteúdo, sem artifício, manobra ou subterfúgio”. SANTOS. Ramon Tomazela. **Ágio na Lei 12.973/2014**: aspectos tributários e contábeis. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 333 – 334.

Legislativo, de modo que impostos só podem ser cobrados quando existe uma lei específica que os prevê.⁷⁷ Trata-se da legalidade em matéria tributária (art. 150, I, CRFB/88).

Assim, com respaldo na Constituição Federal, “a criação de parâmetros para o reconhecimento do ágio para além daqueles incluídos na lei fere diretamente os primados da certeza do direito e da legalidade tributária, que decorrem do sobreprincípio da segurança jurídica”.⁷⁸ Inclusive, Victor Luz traz o seguinte trecho que merece destaque:

Diante disso é que, para o Direito Tributário, as incidências fiscais devem seguir estritamente o que prevê a Constituição Federal e as Leis (complementares e ordinárias), não importando se a essência econômica, para a Contabilidade, indique consequência distinta da prevista pela norma jurídica, de modo a adoção dos padrões contábeis depende de uma determinação para tanto por parte da legislação tributária, o que foi feito pela Lei nº 12.973/14.⁷⁹

Com relação às sociedades veículos, o raciocínio seria o mesmo: a ausência de previsão legal que determine as hipótese em que o uso de uma sociedade será considerado ilegal no âmbito do tema em análise. Isto é, “atualmente, a legislação tributária brasileira não prevê um conceito ou uma definição do que venha ser uma entidade sem substância econômica (ou sociedade veículo), o que dificulta a avaliação/identificação de estruturas que envolva tais entidades”.⁸⁰

⁷⁷ TEIXEIRA, Tiago Conde; TEIXEIRA, Yann Santos. Planejamento tributário e a amortização do ágio. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário**: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 123 – 168, p. 131.

⁷⁸ BARRETO, Paulo Ayres. Amortização do ágio: limites normativos. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário**: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 317 – 337, p. 337.

⁷⁹ LUZ, Victor Lyra Guimarães. **Fusões e aquisições**: regime jurídico do ágio. São Paulo: Almedina, 2019, p. 152.

⁸⁰ LUZ, Victor Lyra Guimarães. **Fusões e aquisições**: regime jurídico do ágio. São Paulo: Almedina, 2019, p. 83 – 84.

Desta maneira, foi possível constatar os principais pontos passíveis de duras críticas formuladas pela Doutrina à luz dos princípios balizadores expostos na Constituição Federal, visto que, afinal, garantias constitucionais que limitam o poder de tributar não estão sendo aplicadas pelo referido órgão julgador. Para tanto, conforme dispõem Tiago Teixeira e Yann Teixeira:

Deste modo, observa-se que qualquer autuação que se valha dos conceitos de abuso de forma ou ausência de propósito negocial estará agindo de forma ilegal, uma vez que inexistente previsão no ordenamento jurídico para utilização de tais conceitos no Direito Tributário e a atividade de lançamento é plenamente vinculada (arts. 3º e 142 do CTN).⁸¹

Não obstante todo o posicionamento apresentado sobre a ausência do propósito negocial, também foi possível constatar a imputação de simulação e/ou abuso de direito na operação realizada que gerou o ágio, cumulativamente com a ausência do propósito negocial. Nesse sentido, “..., alguns posicionamentos jurisprudenciais-administrativos não aceitam como bastante o cumprimento de exigências formais, recorrendo a argumentos antielisivos pautados no abuso do direito do contribuinte de planejar seus pagamentos de tributos”.⁸²

Entretanto, no mesmo raciocínio apresentado, tais alegações de abuso de direito padecem de críticas que devem ser ressaltadas. Em específico, aponta-se a

⁸¹ TEIXEIRA, Tiago Conde; TEIXEIRA, Yann Santos. Planejamento tributário e a amortização do ágio. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário**: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 123 – 168, p. 135.

⁸² MOREIRA, André Mendes; CAMPOS, Eduardo Lopes de Almeida. O Problema do ágio interno frente ao art. 36 da lei nº10.637/2002. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário**: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 371 – 400, p. 387

falta de previsão legal para a aplicação do abuso de direito em matéria tributária.⁸³
Com isso:

Em rigor, não há abuso de direito na prática de atos e negócios com o objetivo de evitar a incidência tributária, eis que não há qualquer norma (legal, moral ou social) que impeça o contribuinte de estruturar seus negócios e atividades da forma que lhe pareça mais adequada para a consecução de seus objetivos sociais, optando por caminhos menos onerosos sob o ponto de vista tributário. Ao contrário, a opção por atos ou negócios jurídicos que levem à redução do ônus tributário é um objeto legítimo, em respeito ao princípio da autonomia patrimonial previsto na CF de 1988, que protege a livre-iniciativa e a propriedade privada. Em consequência, não há abuso de direito na prática de negócio jurídico com o objetivo de obter economia tributária, por se tratar de autêntico exercício regular do direito.⁸⁴

No mesmo raciocínio, conforme menciona André Mendes Moreira e Eduardo Campos, a hipótese de incidência não se baseia na intenção do contribuinte sobre o ato praticado, mas sim as hipóteses mencionadas na lei foram concretizadas.⁸⁵ Trata-se, portanto, de outro subjetivismo da Autoridade Fiscal de maneira indevida na seara tributária.

Além disso, também foi possível observar a menção de critérios contábeis e econômicos como fundamento para a desconsideração da aplicação. Entretanto, sobre o assunto, registra-se que “... o aproveitamento do ágio não pode sofrer os influxos de uma regra contábil que estejam em desacordo com o perfil do Imposto de

⁸³ SANTOS, Ramon Tomazela. **Ágio na Lei 12.973/2014**: aspectos tributários e contábeis. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 349.

⁸⁴ SANTOS, Ramon Tomazela. **Ágio na Lei 12.973/2014**: aspectos tributários e contábeis. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 348.

⁸⁵ MOREIRA, André Mendes; CAMPOS, Eduardo Lopes de Almeida. O Problema do ágio interno frente ao art. 36 da lei nº10.637/2002. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário**: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 371 – 400, p. 387.

Renda, cujo delineamento decorre de regras constitucionais, e não de regras contábeis.”⁸⁶

Por fim, também cumpre fazer ressalva ao Acórdão mencionado, em que o Conselheiro Relator afirmou que os limites para a indedutibilidade do ágio já estaria presente na legislação mesmo antes da Lei 12.973/2014. Ocorre que, conforme exposta na presente parte crítica, torna-se evidente a ausência de qualquer construção extratributária alegada pelo Conselheiro.

Assim, diante de todas as críticas mencionadas pode-se concluir que “contudo, o que se tem visto são tentativas de impor limites e requisitos não previstos em lei, limitando o direito à amortização do ágio”.⁸⁷

4.4 CONFRONTO DOS RESULTADOS ENCONTRADOS

De maneira contrária aos Acórdãos mencionados anteriormente, também foi possível encontrar julgamentos que tiveram outro Norte. Nesse sentido, traz-se para análise dois Acórdãos proferidos pelo Conselheiro Relator Luciano Bernart, proferidos em 2022, com a discussão sobre a utilização de empresa-veículo e o propósito comercial na relação. Ambos os casos foram proferidos com o mesmo início da Ementa, conforme transcreve-se literalmente:

⁸⁶ RIBEIRO, Ricardo Lodi; SANTOS, Flávio Mattos dos. Natureza Jurídica da Amortização do Ágio: despesa necessária, benefício fiscal ou norma antielisiva?. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário**: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 17 – 41, p. 41.

⁸⁷ LOBATO, Valter de Souza. O Novo Regime Jurídico do Ágio na Lei 12.973/2014. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário**: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 99 – 122, p. 102.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. OPERAÇÃO REALIZADA POR MEIO DE SOCIEDADE ADQUIRIDA PARA TAL FIM. PROPÓSITO NEGOCIAL. REQUISITOS NORMATIVOS ATENDIDOS. LEGALIDADE. AUTOS DE INFRAÇÃO ANULADOS.

Havendo o atendimento dos requisitos normativos, pode o contribuinte amortizar o ágio nos termos da lei, não se configurando a aquisição de sociedade infração.⁸⁸

Durante o voto do Conselheiro no primeiro Acórdão, pode-se inferir que a legislação segue um critério objetivo definido transcrito na literalidade como “pessoa jurídica” que absorve os ativos de outra em um processo de incorporação, fusão ou cisão.⁸⁹ Nesse raciocínio, a legalidade determina apenas o termo “pessoa jurídica”, sendo que, portanto, qualquer requisito além de ser uma “pessoa jurídica” estaria do campo da extralegalidade.

Inclusive, o tema foi abordado para afastar a alegação de que uma empresa-veículo recém-constituída anularia o planejamento tributário realizado:

34. Por outra perspectiva, **não há na Lei 9.532/98 qualquer requisito adicional para pessoas jurídicas participantes das operações de que venham resultar amortização do ágio.** Assim, sendo pessoa jurídica legalmente constituída e recaiando nas

⁸⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 1402-006.051. **Processo nº 10120.740742/2018-04. Recurso Voluntário.** 1ª Seção de Julgamento, 4ª Câmara, 2ª Turma Ordinária. Recorrente: WIZ SOLUÇÕES E CORRETAGEM DE SEGUROS S. A. Relator: Luciano Bernart. Sessão de 21 de setembro de 2022; BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 1402-006.107. **Processo 16682.720523/2017-31. Recurso de Ofício e Voluntário.** 1ª Seção de Julgamento, 4ª Câmara, 2ª Turma Ordinária. Recorrentes: GERDAU S. A. e FAZENDA NACIONAL. Relator: Conselheiro Luciano Bernart. Sessão de 22 de setembro de 2022.

⁸⁹ Na transcrição literal do autor: “30. O art. 7º da Lei 9.532/98 não dispõe expressa ou implicitamente a respeito de qualquer destas hipóteses, nem em relação à origem do crédito, nem quanto à empresa veículo ou real investidor. O critério utilizado pela lei é objetivo e trata de “pessoa jurídica”, que absorve o patrimônio de outra, em operação de incorporação, fusão ou cisão, sendo que antes da operação, uma detinha participação societária de outra adquirida com ágio. Não há a indicação de que a origem ou quem providenciou os recursos é que efetivamente tenha de realizar a operação” (BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 1402-006.051. **Processo nº 10120.740742/2018-04. Recurso Voluntário.** 1ª Seção de Julgamento, 4ª Câmara, 2ª Turma Ordinária. Recorrente: WIZ SOLUÇÕES E CORRETAGEM DE SEGUROS S. A. Relator: Luciano Bernart. Sessão de 21 de setembro de 2022, p. 62 – 63.

situações previstas nos arts. 7º e 8º haverá a possibilidade de amortização do ágio. **Isto afasta a alegação de que sociedades recém criadas ou sem despesas operacionais não poderiam se enquadrar como as pessoas jurídicas dos citados artigos.**

35. A questão do **propósito negocial** parece ter o mesmo fim. Como indicado, não se vislumbra nenhuma irregularidade em relação a qualquer das operações efetuadas no caso em questão, **com base na legalidade**.⁹⁰

Assim sendo, pode-se concluir que “com base na legalidade tributária”, não houve ilícitos – isto é, foram afastados os argumentos que envolviam o propósito negocial e a empresa veículo recém-constituída.

Em que pese o segundo Acórdão colecionado possuir muitos trechos transcritos de maneira semelhante ao primeiro, há uma adições feita pelo Conselheiro Relator que merecem ser relatada, visto sua relação com o tema:

10. Entende-se que a análise feita a partir de interpretação estritamente econômica não procede, isso porque a lei prevê que o exame deve ser jurídico-econômico, no sentido de que aquele que suporta o encargo deve ser caracterizado pela sua situação jurídica. A interpretação exclusivamente econômica seria, além de tudo, insegura, a ponto de conduzir o intérprete a perquirir uma sequência de fatos que podem ser intermináveis. No caso em questão, a posição jurídica é ocupada pelas empresas que participaram das operações do ágio, sem irregularidade, devendo haver o reconhecimento dos efeitos dos atos.⁹¹

⁹⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 1402-006.051. **Processo nº 10120.740742/2018-04. Recurso Voluntário.** 1ª Seção de Julgamento, 4ª Câmara, 2ª Turma Ordinária. Recorrente: WIZ SOLUÇÕES E CORRETAGEM DE SEGUROS S. A. Relator: Luciano Bernart. Sessão de 21 de setembro de 2022, p. 64. Grifos acrescidos.

⁹¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 1402-006.107. **Processo 16682.720523/2017-31. Recurso de Ofício e Voluntário.** 1ª Seção de Julgamento, 4ª Câmara, 2ª Turma Ordinária. Recorrentes: GERDAU S. A. e FAZENDA NACIONAL. Relator: Conselheiro Luciano Bernart. Sessão de 22 de setembro de 2022, p. 28.

Ao realizar a fundamentação, foi adicionado o ponto 10 supracitado, que demonstra a necessidade do ‘olhar’ jurídico sobre a operação realizada – de maneira a reconhecer os efeitos produzidos, visto que não foram observadas irregularidades durante as operações que envolveram o ágio.

Com isso, foi possível observar uma postura do Conselheiro Relator com a maior preocupação sobre os aspectos jurídicos do ágio, ou seja, a análise dos requisitos postos pela legislação, em maior respeito ao princípio da legalidade em matéria tributária. Assim, diante o caso concreto, percebe-se a aproximação da fundamentação do Acórdão com a doutrina mencionada. Entretanto, em contrapartida, uma colisão de entendimentos pelos julgadores – fato que compromete a segurança jurídica do contribuinte.

5 CRÍTICAS DOUTRINÁRIAS À JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA

Após o confronto dos Acórdãos selecionados com as críticas apresentadas pela Doutrina, bem como a posterior apresentação de dois Acórdãos voltados para a linha doutrinária mencionada, parte-se para a adoção de uma posição a ser tomada. De início, filia-se às seguintes indagações mencionadas por Paulo Ayres Barreto: “Economizar tributos ofende o ordenamento jurídico? Em que proporções? Com base em quais dispositivos? Quais os limites normativos?”.⁹²

Conforme exposto, pode-se resumir os parâmetros para a indedutibilidade do ágio e desconsideração da operação realizada com os seguintes pontos:

⁹² BARRETO, Paulo Ayres. Amortização do ágio: limites normativos. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário**: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 317 – 337, p. 319.

Dentre os principais parâmetros utilizados para tanto, podemos citar: (i) falta de justificativa econômica ou negocial para a constituição da sociedade; (ii) constituição da sociedade pouco tempo antes da aquisição do investimento com ágio; (iii) ausência de atividade operacional significativa (ou nula) na sociedade; (iv) efemeridade da sociedade que, em muitos casos, adquire o investimento e, na sequência, é incorporada pela investida (incorporação reversa); e (v) não utilização de recursos próprios da sociedade adquirente para realizar a transação (por exemplo, vale-se de recursos obtidos via aumento de capital).⁹³

Ocorre que, como demonstrado pela visão da doutrina crítica, tais descon siderações evidentemente utilizam de fundamento extrajurídicos para tanto. Contrariamente ao exposto pelos julgados do CARF que realizaram a descon sideração, quando um indivíduo ou empresa tem a liberdade de organizar suas atividades como desejar, eles também têm o direito de escolher a maneira mais econômica de fazer isso.⁹⁴ Isso demonstra eficiência, habilidade e a responsabilidade do gestor de negócios. Se alguém realiza um negócio legítimo de acordo com as leis e propósitos aceitos, é justo que escolham a opção tributária mais econômica. Em outras palavras, se alguém age dentro das regras e realiza suas atividades de maneira legal, não há problema em procurar maneiras de economizar em impostos.⁹⁵

Na mesma linha, é ancilar o entendimento exarado por Alfredo Augusto Becker:

Ora, todo o indivíduo, desde que não viole regra jurídica, tem a indiscutível liberdade de ordenar seus negócios de modo menos oneroso, inclusive tributariamente. Aliás, seria absurdo que o contribuinte, encontrando vários caminhos legais (portanto,

⁹³ LUZ, Victor Lyra Guimarães. **Fusões e aquisições**: regime jurídico do ágio. São Paulo: Almedina, 2019, p. 85.

⁹⁴ RABELO FILHO, Antonio R.; PAIXÃO, Thalles Eduardo S. Gracelácio da. Glosa do aproveitamento fiscal do ágio pago na aquisição de participações societárias. Novo Round: o argumento da “transferência” do ágio. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário**: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 417 – 458, p. 424.

⁹⁵ RABELO FILHO, Antonio R.; PAIXÃO, Thalles Eduardo S. Gracelácio da. Glosa do aproveitamento fiscal do ágio pago na aquisição de participações societárias. Novo Round: o argumento da “transferência” do ágio. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário**: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 417 – 458, p. 424.

lícitos) para chegar ao mesmo resultado, fosse escolher justamente aquele meio que determinasse pagamento de tributo mais elevado.⁹⁶

Sendo assim, “o que não se pode admitir é que operações lícitas, realizadas nos exatos termos postos pelo legislador, sejam chamadas de “simuladas” pelo simples fato de terem a razão declarada de aproveitar uma despesa”.⁹⁷

Sobre os fundamentos que envolvem a interpretação que extrapole o âmbito jurídico, como as menções às regras contábeis e interpretações econômicas, também deve-se traçar críticas que demonstram a inviabilidade de tais argumentos.⁹⁸ Nesse raciocínio, deve-se transcrever em literalidade o trecho do Professor Paulo de Barros Carvalho em que o presente trabalho se filia:

Existe interpretação econômica do fato gerador? Sim, para os economistas. Existirá interpretação contábil do fato? Certamente, para o contabilista. No entanto, uma vez assumido o caráter jurídico, o fato será, única e exclusivamente, fato jurídico; e claro, fato de natureza jurídica, não econômica ou contábil, entre outras matérias. Como já anotado, o direito não pede emprestado conceitos de fatos para outras disciplinas. Ele mesmo constrói sua realidade, seu objeto, suas categorias e unidades de significação.⁹⁹

No mesmo sentido, deve-se afastar qualquer interpretação no sentido de que o Estado sofreria um evidente prejuízo por conta da evasão fiscal realizada. Isso porque,

⁹⁶ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 6. Ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 143.

⁹⁷ LOBATO, Valter de Souza. O Novo Regime Jurídico do Ágio na Lei 12.973/2014. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário**: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 99 – 122, p. 102.

⁹⁸ Sobre tal aspecto, inclusive: “A doutrina da interpretação do Direito Tributário, segundo a realidade econômica, é filha do maior equívoco que tem impedido o Direito Tributário evoluir o Direito Tributário como Ciência Jurídica. Esta doutrina, inconscientemente, nega a utilidade do Direito, porquanto destrói precisamente o que há de jurídico dentro do Direito Tributário”. BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 6. Ed. São Paulo: Noeses, 201, p. 138.

⁹⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 31. Ed. São Paulo: Noeses, 2021.

nas lições de Alfredo Augusto Becker, “ora, o Estado com a evasão (elusão) não sofreu nenhum dano em seu patrimônio pela simples razão de que nunca chegou a ter o direito a receber aquele tributo que deixou de ser pago; (...)”¹⁰⁰

De modo a complementar o exposto, pode-se trazer a seguinte conclusão de Igor Mauler Santiago para a consideração de um planejamento tributário válido:

Para nós, o planejamento tributário será válido – e, pois, oponível ao Fisco – sempre que o contribuinte (a) promova uma alteração na realidade jurídica preexistente, ainda que recorrendo a formas pouco usuais ou mais complexas do que outras disponíveis; e (b) aceite todos os efeitos decorrentes da estrutura jurídica que adotou, os favoráveis aos seus interesses e também os contrários. Falhando a primeira condição, ter-se-á simulação absoluta. Não se verificando a segunda, simulação relativa.¹⁰¹

Ademais, conforme mencionado por Victor Lyra Guimarães Luz, não pode ocorrer a banalização do termo “sociedade-veículo” e, automaticamente, caracterizar a ausência de propósito negocial.¹⁰² Até porque, conforme o autor, existem situações legítimas em que a criação de “sociedades-veículo” é necessária, como quando a regulamentação exige a separação de investimentos.¹⁰³

Assim, portanto, como as pessoas ou empresas têm regras legais que definem até onde podem exercer sua liberdade de tomar decisões e se organizar, o Estado também possui limites legais definidos para realizar a exigência de um tributo.¹⁰⁴ Isso

¹⁰⁰ BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral do Direito Tributário. 6. Ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 154.

¹⁰¹ SANTIAGO, Igor Mauler. Reflexões sobre o planejamento tributário. O aproveitamento do ágio mediante o uso de empresa veículo. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). **O Ágio no Direito Tributário e Societário: Questões atuais**. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 401 – 416, p. 407

¹⁰² LUZ. Victor Lyra Guimarães. **Fusões e aquisições: regime jurídico do ágio**. São Paulo: Almedina, 2019, p. 87.

¹⁰³ LUZ. Victor Lyra Guimarães. **Fusões e aquisições: regime jurídico do ágio**. São Paulo: Almedina, 2019, p. 87.

¹⁰⁴ SANTOS. Ramon Tomazela. **Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis**. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 350

significa que o Estado não pode restringir os direitos dos contribuintes sem uma base legal clara. Em outras palavras, tanto os cidadãos quanto o governo têm limites legais que devem respeitar em suas ações relacionadas à tributação, e não podem agir arbitrariamente ou sem justificção legal.¹⁰⁵

CONCLUSÃO

De início, o artigo optou pela realização de uma introdução ao tema do ágio para que, posteriormente, o objetivo principal fosse exaurido. Com isso, foi necessária a utilização de dois tópicos para demonstrar o conceito de ágio para o Direito Tributário e as principais alterações que vieram com a Lei nº 12.973/2014 sobre a matéria, visto as significativas mudanças sobre o tema e sua aproximação com a contabilidade.

Em tais pontos, foi possível observar que, em momento anterior à Lei nº 12.973/2014, o ágio era definido como a “diferença entre o custo de aquisição do investimento” com o valor do patrimônio líquido da empresa, conforme literalidade do art. 20, II do Decreto-Lei nº 1.598/77. Ainda, conforme o §2º do referido artigo, era possível indicar com o fundamento econômico do ágio, com as três seguintes hipóteses: “a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade; b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;” ou, ainda, “c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.”

Entretanto, com as alterações advindas pela Lei nº 12.973/2014, o regime jurídico do ágio passou por significativas mudanças. Nesse ponto, com a aproximação dos conceitos empregados pela ciência contábil ao tema, o conceito de ágio para o

¹⁰⁵ SANTOS. Ramon Tomazela. **Ágio na Lei 12.973/2014**: aspectos tributários e contábeis. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 350

Direito Tributário foi alterado pela legislação em comento de maneira significativa. Dessa maneira, com houve a determinação que o ágio será apenas por expectativa de rentabilidade futura, sendo apenas o último dos três registros mencionados pela nova letra da lei sobre a matéria.

Ainda, de maneira preliminar ao objetivo principal, foi utilizado tópico específico para enfrentar a aplicação da amortização do ágio como benefício fiscal, visto que o resultado de tal análise interfere no objetivo principal do artigo, justamente por ser uma das premissas a serem adotadas. Com isso, foi evidenciado que o ágio corresponde ao custo, mesmo que em parcela, sobre a aquisição do investimento, de modo que, ao definir sua amortização como benefício fiscal, estar-se-ia desvirtuando o conceito de renda positivado à luz do Direito Tributário pátrio.

Superado os objetivos específicos necessário para enfrentar o principal objetivo do artigo, foi realizado tópico para demonstrar como o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e a Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) julgam a matéria, em específico sobre a utilização do propósito comercial como fundamentação dos votos proferidos. Para isso, foi mencionado como a Corte Administrativa fundamenta a necessidade de propósito comercial, ausência de simulação e abuso de direito em seus votos. Nesse raciocínio, foram selecionados precedentes ilustrativos que bem exemplificam os fundamentos adotados.

Após a ilustração dos precedentes, foi aberto o tópico de como a doutrina realiza críticas aos fundamentos utilizados pela Corte Administrativa no julgamento da matéria. Nesse sentido, foi possível evidenciar uma interpretação extensiva de requisitos não positivados pela lei para que as operações com ágio sejam consideradas lícitas pela Autoridade – no caso, a demonstração de um propósito comercial na operação.

Ainda, de maneira a contrariar os precedentes selecionados que impossibilitam o aproveitamento do ágio em matéria tributária com fundamento na ausência de propósito negocial, o tópico 5.4 demonstrou que o próprio Órgão Administrativo não é unânime na matéria, em que foi possível encontrar precedentes que colidem em seus fundamentos. No caso, trata-se de precedentes que buscam uma visão com maior respeito à legalidade tributária, de modo a garantir a aplicação apenas dos requisitos previstos em lei para a possibilidade do aproveitamento do ágio.

Com isso, para sanar o objetivo principal do artigo (realizar a análise crítica de tais limitações apresentadas nos precedentes ilustrativos), o tópico 6 considerou todos os fundamentos apresentados pela doutrina e por precedentes administrativos mencionados sobre o tema para que fosse apresentada as principais críticas ao posicionamento do CARF e da CSRF sobre o ágio em matéria tributária. Nesse sentido, foi possível visualizar que os Acórdãos em análise distorcem garantias constitucionais, em específico sobre a legalidade tributária. Afinal, a determinação de que as operações possuam um propósito negocial não é algo positivado pela legislação, de tal maneira que o referido requisito foi definido a partir de uma construção jurisprudencial administrativa. No mesmo raciocínio, a aplicação de interpretações econômicas e contábeis sobre o tema, em detrimento do positivado legalmente, demonstra o desvirtuamento da autonomia do Direito e a evidente quebra da segurança jurídica sobre o assunto.

Portanto, pode-se concluir, sem a pretensão de exaurir o tema, que o objetivo principal do presente artigo foi atingido pela metodologia proposta, de maneira a ser utilizado como objeto de questionamento aos próximos casos que discutam requisitos extrajurídicos para o aproveitamento tributário do ágio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Paulo Ayres. Amortização do ágio: limites normativos. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). O Ágio no Direito Tributário e Societário: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 317 – 337.

BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral do Direito Tributário. 6. Ed. São Paulo: Noeses, 2013.

BLOK, Marcella. Reorganizações Societárias, Fusões, Incorporações, Cisões e outros Eventos Societários: Aspectos Legais, Negociais e Práticos. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 1401-004.194. Processo nº 16682.722456/2017-88. Recurso Voluntário. 1ª Seção de Julgamento, 4ª Câmara, 1ª Turma Ordinária. Recorrente: SOUTH32 MINERALS S. A. Relator: Conselheiro Cláudio de Andrade Camerano. Sessão de 11 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 1402-006.051. Processo nº 10120.740742/2018-04. Recurso Voluntário. 1ª Seção de Julgamento, 4ª Câmara, 2ª Turma Ordinária. Recorrente: WIZ SOLUÇÕES E CORRETAGEM DE SEGUROS S. A. Relator: Luciano Bernart. Sessão de 21 de setembro de 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 1402-006.107. Processo 16682.720523/2017-31. Recurso de Ofício e Voluntário. 1ª Seção de Julgamento, 4ª Câmara, 2ª Turma Ordinária. Recorrentes: GERDAU S. A. e FAZENDA NACIONAL. Relator: Conselheiro Luciano Bernart. Sessão de 22 de setembro de 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 1402001.404. Processo 11020.724809/201170. Recurso Voluntário. 4ª Câmara, 2ª Turma Ordinária. Recorrente: LUPATECH S/A (SUCESSORA DE TECVAL VÁLVULAS INDUSTRIAIS LTDA). Relator: Paulo Roberto Cortez. Sessão de 09 de julho de 2013.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 9101-005.872. Processo nº 10855.724094/2011-70. Recurso Especial do Procurador. CSRF 1ª Turma. Recorrente: FAZENDA NACIONAL. Relator: Conselheira Andréa Duek Simantob. Sessão de 11 de novembro de 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 9101003.078. Processo nº 14367.720009/201408. Recurso Especial do Contribuinte. 1ª Turma.

Recorrente: PROCTER & GAMBLE DO BRASIL S.A. Relator: Conselheiro Rafael Vidal de Araújo. Sessão 12 de setembro de 2017.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 31. Ed. São Paulo: Noeses, 2021.

COELHO, Sacha Calmon Navarro; COELHO, Eduardo Junqueira. O Conceito Tributário de Ágio previsto no decreto-lei 1.598/77 e os requisitos para a sua amortização com base no art. 7º da Lei nº 9.532/1997 In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). O Ágio no Direito Tributário e Societário: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 67 – 98.

COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS. CPC 18 - Investimentos em Coligadas e Controladas. São Paulo: CPC, 2015.

COSTA, Hugo Marcondes Rosestolato da; Amortização fiscal do ágio já amortizado contabilmente: Caso Volvo. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). O Ágio no Direito Tributário e Societário: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 229 – 252.

FONSECA, Fernando Daniel de Moura; LIMA, Daniel Serra. A relação entre os conceitos jurídico e contábil de ágio antes e depois da Lei das S/A: O Problema da Interdisciplinaridade no Direito Tributário. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). O Ágio no Direito Tributário e Societário: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 43 – 66.

GRECO, Marco Aurélio. Reorganização Societária e Planejamento Tributário, p. 30 – 49, in: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.). Reorganização Societária. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LOBATO, Valter de Souza. O Novo Regime Jurídico do Ágio na Lei 12.973/2014. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). O Ágio no Direito Tributário e Societário: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 99 – 122.

LUZ. Victor Lyra Guimarães. Fusões e aquisições: regime jurídico do ágio. São Paulo: Almedina, 2019.

MOREIRA, André Mendes; CAMPOS, Eduardo Lopes de Almeida. O Problema do ágio interno frente ao art. 36 da lei nº10.637/2002. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). O Ágio no Direito Tributário e Societário: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015.

RABELO FILHO, Antonio R.; PAIXÃO, Thalles Eduardo S. Gracelácio da. Glosa do aproveitamento fiscal do ágio pago na aquisição de participações societárias. Novo Round: o argumento da “transferência” do ágio. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). O Ágio no Direito Tributário e Societário: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015.

RIBEIRO, Ricardo Lodi; SANTOS, Flávio Mattos dos. Natureza Jurídica da Amortização do Ágio: despesa necessária, benefício fiscal ou norma antielisiva?. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). O Ágio no Direito Tributário e Societário: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015.

SANTOS, Ariovaldo dos; et. al. Manual de contabilidade societária: aplicável a todas as sociedades: de acordo com as normas internacionais e do CPC. 4. ed. Barueri (SP): Atlas, 2022.

SANTOS, Ramon Tomazela. Caso Globo – A mensuração do ágio na aquisição de participação societária em pessoa jurídica com patrimônio líquido negativo. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). O Ágio no Direito Tributário e Societário: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 281 – 316.

SANTOS. Ramon Tomazela. Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

SCHOUERI, Luís Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. A figura do “laudo” nas operações societárias com Ágio: do retrato da expectativa de rentabilidade futura para o retrato do valor justo. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). O Ágio no Direito Tributário e Societário: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 169 - 192.

TEIXEIRA, Tiago Conde; TEIXEIRA, Yann Santos. Planejamento tributário e a amortização do ágio. In: MANEIRA, Eduardo Santos; SANTIAGO, Igor Mauler (coords.). O Ágio no Direito Tributário e Societário: Questões atuais. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 123 – 168.

**ESG PARA OS ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA BRASILEIROS:
UM CAMINHO POSSÍVEL**

ESG FOR BRAZILIAN LAW FIRMS: A POSSIBLE WAY

Anna Caroline Pereira Martins¹
Fábio Eduardo de Freitas Barbosa²
Isis Chamma Doetzer³
Letícia Gabrielli Nogueira⁴

RESUMO

As atividades das organizações vêm gerando impactos significados no meio ambiente e na sociedade há muito tempo. Como consequência tem-se o agravamento de fatores indesejáveis, tais como a degradação de áreas vegetais, a poluição das águas e do ar, a geração de grandes quantidades de resíduos sólidos, dentre outros. Diante deste cenário preocupante diversas iniciativas estão sendo tomadas pelos governos e pelas organizações privadas com o intuito de estabelecer uma nova forma de conciliar os interesses econômicos com a sustentabilidade. Os governos vêm aumentando o rigor no controle e na fiscalização das atividades das organizações tendo por base as novas regulamentações. No campo privado surgem padrões e normas que versam sobre as práticas de ESG (Environmental, Social, Governance). Os escritórios de advocacia também estão inseridos neste contexto e diante do crescimento da importância da sustentabilidade devem buscar alternativas para alinhar o ESG às suas estratégias. A advocacia no Brasil começa a dar passos nesse sentido, impulsionada por iniciativas como as da OAB, que promovem a conscientização sobre o tema e incentivam a adoção de práticas sustentáveis nos escritórios. No entanto, a aplicação do ESG ainda enfrenta desafios, como a dificuldade em adaptar essas práticas ao setor jurídico. Diante desta dificuldade este trabalho propõe um caminho a ser percorrido pelos escritórios de advocacia que almejam inserir a jornada ESG em suas rotinas.

¹ Contato: nynhacarol1993@gmail.com.

² Contato: fabio@abaction.com.br.

³ Contato: isis.chamma@fae.edu.

⁴ Contato: leticiagnogueira20@gmail.com.

Palavras-chave: ESG. ESG para Escritórios de Advocacia. Sustentabilidade para a advocacia. Sistema de Gestão de ESG. Advocacia

ABSTRACT

The activities of organizations have long been generating significant impacts on the environment and society. As a result, undesirable factors such as the degradation of vegetation, water and air pollution, and the generation of large amounts of solid waste have worsened. In response to this concerning scenario, various initiatives are being undertaken by governments and private organizations with the aim of establishing a new way to reconcile economic interests with sustainability. Governments are tightening control and monitoring of organizational activities based on new regulations. In the private sector, standards and guidelines are emerging regarding ESG (Environmental, Social, Governance) practices. Law firms are also part of this context, and given the growing importance of sustainability, they must seek alternatives to align ESG with their strategies. The legal profession in Brazil is beginning to take steps in this direction, driven by initiatives such as those of the Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), which promote awareness of the issue and encourage the adoption of sustainable practices within law firms. However, the implementation of ESG still faces challenges, such as the difficulty of adapting these practices to the legal sector. Considering these challenges, this paper proposes a pathway for law firms aiming to integrate the ESG journey into their routines.

Keywords: ESG. ESG for Law Firms. Sustainability for the Legal Profession. ESG Management System. Legal Practice.

INTRODUÇÃO

As organizações de advocacia brasileiras enfrentam desafios constantes para se manterem competitivas. Nesse ambiente de mudança constante, diversos fatores se apresentam como obstáculos a serem superados ou, vistos de outra forma, como oportunidades a serem aproveitadas.

Um desses fatores é a questão socioambiental que ganha importância dia após dia e sinaliza, fortemente, que as organizações de todas as segmentos e países

devem conscientizar-se e engajar-se para a adoção de práticas que contribuam para o desenvolvimento sustentável.

Trilhar o caminho da sustentabilidade pode parecer um desafio de grandes proporções e que afasta os escritórios de advocacia de seus objetivos financeiros. No entanto, esta visão não é necessariamente verdadeira, pois é possível conciliar os dois objetivos. Para Coelho (2023) o equilíbrio entre objetivos financeiros e os de responsabilidade socioambiental não é apenas possível, mas uma necessidade.

Dados apresentados em 2021 pela Ethisphere mostram que as empresas consideradas como “as mais éticas do mundo” superaram financeiramente as outras em 7,1% nos últimos cinco anos, evidenciando que práticas alinhadas aos conceitos de Environmental, Social, Governance (ESG) melhoram o desempenho. Além disso, ainda segundo a Ethisphere, em um cenário global cada vez mais regulado, incorporar princípios de ESG pode significar não apenas um diferencial competitivo, mas também uma forma de mitigar riscos futuros (Galindo, Zenkner e Kim, 2023).

Existem desafios a serem enfrentados pelos escritórios de advocacia que almejam trilhar pelo caminho da sustentabilidade. Um deles é entender o conceito de ESG, que apesar de ser amplamente divulgado e discutido, ainda há um certo desconhecimento sobre sua aplicação prática, principalmente em setores como o da advocacia. Porém o desafio não se limita ao entendimento do conceito de ESG, mas também de que forma as práticas pertinentes podem ser implementadas considerando as características dos escritórios de advocacia.

O ponto de partida para a implementação de práticas de ESG pode ser os conteúdos de normas e padrões existentes que versam sobre o tema, como por exemplo os padrões Global Reporting Initiative (GRI), os padrões SASB e a norma ABNT NBR ISO 26000. No entanto, esta opção traz consigo dificuldades técnico-operacionais, pois estes padrões e normas, apesar de serem reconhecidos internacionalmente e amplamente utilizados, não apresentam metodologias de

implementação de práticas de ESG. O GRI e o SASB são utilizados para auxiliar na elaboração de indicadores e relatórios de desempenho sustentável, enquanto a norma ISO 26000, apesar de abrangente, pode ser excessivamente complexa para a realidade de grande parte dos escritórios de advocacia.

Portanto, evidencia-se que um dos problemas a serem enfrentados pelos escritórios de advocacia brasileiros que almejam trilhar o caminho do ESG, de modo estruturado e coerente, é a dificuldade em encontrar referências que os auxiliem nesta empreitada. Assim, a partir deste problema, o presente trabalho tem por objetivo contribuir com os escritórios de advocacia, por meio da apresentação de um sistema de gestão de ESG adaptável às particularidades dos escritórios de advocacia, permitindo que eles incorporem práticas de sustentabilidade de maneira eficiente.

1 A EVOLUÇÃO DA ESG

As organizações operam em um contexto influenciado por uma ampla gama de variáveis internas e externas, que incluem fatores econômicos, sociais, tecnológicos e ambientais. Um dos aspectos relevantes nesse cenário é o uso de recursos naturais na produção de bens e serviços, o que pode gerar impactos significativos tanto no meio ambiente quanto na sociedade. A extração descontrolada de recursos pode levar ao esgotamento de matérias-primas essenciais, enquanto processos produtivos ineficientes podem resultar em emissões de poluentes e degradação ambiental. Além disso os impactos sociais, como a geração de empregos, as condições de trabalho e a relação com as comunidades locais, também precisam ser considerados, uma vez que organizações têm responsabilidades éticas e legais diante das partes interessadas.

A comunidade científica internacional vem periodicamente apresentando dados que evidenciam a modificação do planeta Terra em função das atividades humanas e

das organizações. O Relatório do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC) informa que a emissão de gases, como o dióxido de carbono e o metano, foram responsáveis pela aumento da temperatura média global nos últimos anos e que ela tende a continuar em elevação caso não sejam tomadas providências imediatas. Os efeitos deste fenômeno são muitos, dentre os quais destacam-se: a maior incidência de chuvas intensas com inundações associadas, bem como aumento das secas em algumas regiões; o derretimento das geleiras ocasionado o aumento no nível dos mares o que contribui para inundações e erosões costeiras e o aquecimento das temperaturas dos oceanos afetando a vida e os ecossistemas marinhos. (Galindo, Zenkner e Kim, 2023).

Além do aquecimento do clima global existem outros fatores que afetam negativamente a vida na Terra. O desmatamento, a poluição do ar e das águas e a redução da biodiversidade agravam o problema. A Organização Mundial da Saúde (OMS) alerta que cerca de 91% da população mundial vive em regiões onde os níveis de qualidade do ar estão abaixo dos limites aceitáveis. A OMS informou que em torno de 7 milhões de pessoas morrem em decorrência da poluição do ar. (Galindo, Zenkner e Kim, 2023). A situação da água também é crítica. De acordo com a Organização das Nações Unidas (ONU) 4 bilhões de pessoas, ou seja, aproximadamente dois terços da população global, convivem com grave escassez de água durante pelo menos um mês no ano. (Galindo, Zenkner e Kim, 2023).

Estes problemas ambientais decorrem das ações humanas e das atividades organizacionais, que desempenham um papel central principalmente na geração dos impactos ambientais. As organizações, além de contribuírem para questões ambientais como desmatamento, poluição e mudanças climáticas, também geram consequências significativas para a sociedade. Exemplos disso incluem práticas inadequadas como o desrespeito aos direitos trabalhistas, a falta de equidade e oportunidade para todas as pessoas, a discriminação em suas diversas formas e a

ausência de valorização humana dos funcionários. Esses fatores não apenas comprometem a sustentabilidade ambiental, mas também enfraquecem o tecido social, gerando desigualdade e descontentamento.

Este cenário é indesejável e vem sendo modificado gradativamente.

Desde 1970 observa-se a consolidação do modelo de estado regulatório que conhecemos hoje, caracterizado por uma forte inclinação fiscalizadora e normativa sobre a atividade econômica. Esse período foi marcado, inicialmente, pela criação de leis nos Estados Unidos voltadas à proteção do meio ambiente, à segurança do trabalhador e à defesa do consumidor. Foi também nesse contexto que surgiu uma preocupação internacional mais contundente com a sustentabilidade, destacando-se a realização da Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente Humano, em 1972, em Estocolmo — a primeira conferência internacional dedicada ao tema (Belinky, 2022; Galindo, Zenkner e Kim, 2023).

No entanto, este entendimento não é unânime e foi questionado por profissionais influentes como é o caso do economista Milton Friedman⁵ que, segundo Galindo, Zenkner e Kim (2023), defendia o pensamento que a empresa possui apenas uma responsabilidade social que é utilizar os recursos para aumentar os seus lucros em um ambiente de competição livre e sem fraudes.

Apesar da controvérsia instaurada sobre o tema responsabilidade social das organizações, observa-se um cenário favorável à adoção de práticas empresariais que integram questões ambientais e sociais promovendo o desenvolvimento sustentável. Esse conceito ganhou destaque com a divulgação no Relatório Brundtland, em 1987, que define o desenvolvimento sustentável: “O desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a

⁵ Milton Friedman foi um economista norte-americano que recebeu o prêmio Nobel das Ciências Econômicas em 1976 por sua pesquisa sobre o consumo, teoria monetária e a complexidade da política de estabilização. Foi um dos líderes intelectuais da Escola de Chicago que era orientada por um pensamento econômico neoclássico.

possibilidade de as gerações futuras atenderem às suas próprias necessidades” (Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 1991, p. 46).

Outro fator que contribuiu para a mudança de paradigma foi o incremento de regulações estatais. Um exemplo deste fato foi o advento da Lei Sarbanes-Oxley Act, de 2002, que obriga as empresas norte-americanas a adotarem padrões contábeis mais rígidos o que contribui para o aprimoramento da governança (Belinky, 2022).

No Brasil este movimento ficou mais evidente a partir da década de 90 quando foram publicadas uma série de legislações que deram nova conformação ao papel das organizações nacionais. Os autores Galindo, Zenkner e Kim (2023) relacionam uma série de normativas que foram protagonistas desta mudança com destaque para: o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990); a Lei 8.137/1990 que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo; a Lei 8.666/1993 que instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública (revogada pela Lei 14.133/2021); a Lei 9.605/1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e a Lei nº 9.613/1998 que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores.

Neste momento da história os movimentos articulatórios internacionais em favor da proteção do meio ambiente estavam mais consolidados e ativos. A ONU promoveu no Rio de Janeiro, em 1992, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.

Durante todo este movimento também surgiram contribuições acadêmicas e teóricas importantes. Os autores Galindo, Zenkner e Kim (2023) citam como exemplo disto o modelo proposto por John Elkington que é conhecido por Triple Bottom Line⁶

⁶ John Elkington é o autor da obra *Cannibals with forks: the triple bottom line of 21st century business*. Nesta obra ele indaga: “É um progresso se um canibal usar um garfo?” que é uma alusão ao dilema moral do progresso predatório da humanidade e, a partir disto, ele sugere um modelo de sustentabilidade em que as empresas devem assumir reponsabilidade quanto aos impactos por elas causados, portanto, indo além das questões financeiras.

que sugere um modelo de sustentabilidade corporativa alicerçado em três pilares: sociais, ambientais e financeiros. Os autores Soler e Palermo (2023) contribuem para a discussão afirmando que o desenvolvimento sustentável é multidimensional.

De acordo com Neves (2022) as teorias da integração social, ou seja, aquelas que veem as empresas como interdependentes da sociedade, ganham força. Todo esse movimento teve um momento marcante, em 2004, que foi o “Who cares wins”, evento promovido pelo Pacto Global da ONU - Organização das Nações Unidas - em parceria com o Banco Mundial. Nesta ocasião surgiu a sigla ESG – Environmental, social and governance - como uma forma de identificar os principais investidores comprometidos com a tríade: meio ambiente, questões sociais e governança (ABNT, 2022).

Anos mais tarde, em 2015, a ONU lançou os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), estabelecendo 17 objetivos e 169 metas como guias para a sustentabilidade global.

É oportuno ressaltar que este caminhar “evolutivo” do conceito de ESG não ocorre de forma linear, evidentemente, pois, além de ser um tema complexo e abrangente é interpretado por diversos atores e em diversos contextos.

Há, por exemplo, discussões sobre as diferenças e relações entre ESG e Responsabilidade Social. Este tema polêmico e controverso tem rendido debates e estudos acadêmicos, como a tese de doutorado de Belinky em 2022.

Acerca deste debate a norma ABNT NBR ISO 26000 aproxima a responsabilidade social do desenvolvimento sustentável ao definir a responsabilidade social como sendo “a responsabilidade da organização pelos impactos de suas atividades na sociedade e no meio ambiente, através de comportamentos éticos que contribuam para o desenvolvimento sustentável” (ABNT, 2010, p. 16). Este entendimento é compactuado por Barbosa (2020 apud Belinky, 2022), que vê sustentabilidade e ESG de forma interligada, destacando que o conceito evoluiu da

responsabilidade social para a sustentabilidade e, agora, para o ESG. Ainda segundo ele, o ESG, que antes era um tema restrito, tornou-se transversal impactando todas as áreas da organização e influenciando a estratégia de negócios.

O desenvolvimento sustentável ganhou força com a divulgação das práticas de ESG, mas o Ministério Público da União (2023) alerta que ESG vai além de ações pontuais e deve ser integrado de forma estruturada nas organizações.

O ESG, como deve ser compreendido atualmente, está estruturado em três dimensões que são: Meio Ambiente, Social e Governança. A dimensão ambiental trata da relação da organização com o ambiente, indo além do cumprimento legal, buscando mitigar impactos ambientais. No aspecto social é crucial que as empresas promovam práticas que assegurem a segurança física e emocional de seus colaboradores, além de incentivar projetos sociais inclusivos e de impacto positivo na comunidade. A governança, por sua vez, assume um papel essencial na prevenção de fraudes e na transparência, como ressaltado na lei Sarbanes-Oxley, de 2002, que fortalece os controles corporativos (Galindo, Zenkner e Kim, 2023).

A relevância e a importância do ESG são evidentes e crescentes (Belinky, 2022). Isso também se reflete no aumento do envolvimento da advocacia brasileira com o tema, ainda que de forma incipiente, reforçando a importância do ESG para o setor jurídico e vice-versa.

1.1 O ESG NA ADVOCACIA

Embora as práticas de ESG sejam adotadas por diversas organizações, elas ainda são pouco utilizadas pelos escritórios de advocacia. Greenwad (2022) afirma que os aspectos de ESG, diferentemente do que se observa em outros segmentos, são vistos no mundo jurídico como uma tendência menos evidente. Esta constatação foi feita pela autora com base nos conteúdos de relatórios publicados. Um destes

relatórios foi o “2022 Report on the State of the Legal Market”, publicado pela Thomson Reuters Institute com Georgetown Law Center on Ethics and the Legal Profession. A autora ressalva que o tremo ESG não está inserido no conteúdo do relatório.

Percebe-se, no entanto, que esta omissão não significa que não há interesse do mundo jurídico sobre o tema. No documento “2022 Client Advisory” do Citi Private Bank e Hildebrandt Consulting LLC, o ESG aparece como prática a ser observada. (Greenwad 2022). Mais do que interesse o ESG pode ser, ao mesmo tempo, oportunidade de negócios e forma de entrar em maior sintonia com os anseios do mercado. Segundo Greenwad (2022, p. 02) consta no relatório da Bloomberg Law “2022 The Future of the Legal Industry” que clientes entendem que os escritórios de advocacia, por serem seus parceiros estratégicos, devem implementar jornadas de ESG.

O International Bar Association por meio do seu relatório ESG survey results report: ESG in Latin America, publicado em 2022, afirma que os advogados da América Latina desempenham papel fundamental no auxílio às organizações locais no que se refere às questões ESG. Outra constatação da International Bar Association (2022) é que os escritórios de advocacia estão sendo pressionados para adotarem práticas de ESG em suas atividades, ou seja, não basta que eles se apresentem ao mercado como solucionadores de questões ESG, mas, também como organizações que praticam efetivamente o ESG.

A OAB/PR compactua com a visão de que o ESG é importante para os advogados e acrescenta a necessidade de que estes profissionais ajam como agentes de transformação social:

...é de suma importância que a advocacia adote práticas sustentáveis em suas atividades profissionais e contribua com a iminente necessidade global de transformação, abrangendo os aspectos social, econômico e ambiental, servindo, inclusive, como

meio de conscientização e disseminação de tais práticas à sociedade.
(OAB/PR, 2019, p. 23)

Diante da reconhecida importância do ESG para a advocacia brasileira algumas iniciativas têm sido apresentadas por órgãos de representação da referida classe profissional.

A OAB paranaense, por exemplo, aderiu ao Pacto Global da ONU⁷, em 2016, comprometendo-se em trabalhar em prol de maior engajamento da comunidade jurídica e da sociedade paraense para a adoção de práticas de ESG. Além disso, a seccional do Paraná publicou em 2019 o Guia de práticas sustentáveis na advocacia. Esta publicação teve por propósito difundir, para os profissionais da advocacia, diretrizes socioambientais, assim como, sugestões de boas práticas, para que as atividades profissionais sejam realizadas de forma mais sustentável.

Outra publicação sobre o tema, o Guia ESG para a advocacia, foi elaborado pela OAB do Rio Grande do Sul em 2023 e aborda, principalmente, dois aspectos: (1) oportunidades para a atuação dos advogados em assuntos envolvidos com o ESG, e (2) a incorporação de práticas de ESG nos escritórios de advocacia.

A seccional da OAB em São Paulo publicou um e-book “Notas introdutórias à temática ESG” e ressaltou, dentre outros aspectos, a necessidade de que os grandes e, também, os pequenos escritórios de advocacia, aprimorem suas práticas de ESG, pois esta exigência que primariamente atingiu seus clientes agora vem se estendendo a eles.

Portanto, constata-se que o ESG é um tema que tem a sua importância reconhecida para a sociedade. Especificamente, para a advocacia brasileira, esta importância é evidenciada, principalmente, pelas iniciativas de conselhos regionais da

⁷ O Pacto Global da ONU é a maior iniciativa de sustentabilidade corporativa do mundo, e visa transformar as estratégias empresariais em prol de um desenvolvimento sustentável de um Brasil que não deixa ninguém para trás. Disponível em <https://www.pactoglobal.org.br/como-aderir/#:~:text=O%20Pacto%20Global%20da%20ONU,não%20deixa%20ninguém%20para%20trás.>

OAB no sentido de conscientizar os advogados sobre o tema, bem como sobre o seu papel em relação ao ESG. Além disso, estes órgãos de classe disponibilizaram algumas publicações que contêm conceitos e práticas relacionadas com o assunto.

Dessa forma, os escritórios de advocacia que incorporam o ESG em suas estratégias de negócios estão cada vez mais alinhados às expectativas globais de desenvolvimento sustentável. O engajamento com as práticas de ESG fortalece sua imagem, reduz riscos e garante sua relevância a longo prazo. A prática do ESG, portanto, não se resume a uma tendência passageira, mas a uma exigência crescente em um cenário corporativo competitivo e cada vez mais consciente

2. INSTRUMENTOS DE ESG

Iniciativas de ESG estruturadas e implementadas de forma robusta, confiável e transparente auxiliam as organizações na expansão de seus negócios. A adesão ao ESG contribui para a melhora da performance de diversas maneiras: (1) facilitando o crescimento da receita; (2) reduzindo custos; (3) minimizando intervenções legais e regulatórias; (4) aumentando a produtividade e (5) otimizando investimentos. (Galindo, Zenkner e Kim, 2023).

A estruturação e a implementação de práticas de ESG podem ser realizadas utilizando-se de referenciais existentes (Galindo, Zenkner e Kim, 2023).

Atualmente, há uma variedade de diretrizes desenvolvidas para orientar as organizações em suas jornadas de ESG, como as Normas da Global Reporting Initiative (GRI), os padrões SASB da IFRS Foundation e diversas normas internacionais ISO relacionadas ao tema. Entre os muitos padrões que abordam ESG, este trabalho se concentra nas considerações sobre o GRI, o SASB e a norma ISO

26000, por serem amplamente reconhecidos internacionalmente e comumente adotados pelas empresas.

2.1 GLOBAL REPORTING INITIATIVE - GRI

O Global Reporting Initiative (GRI) foi fundado em 1997 e tem em sua essência a colaboração entre ONGs, empresas e órgãos governamentais com o objetivo de estabelecer um padrão global para relatórios de sustentabilidade. Estes relatórios, uma vez divulgados às partes interessadas, contribuem para demonstrar, com transparência, sobre como a organização está contribuindo ou pretende contribuir para o desenvolvimento sustentável, sob as óticas das dimensões ambientais, sociais e de governança (GRI, 2024).

Pode-se dizer que o GRI é um conjunto de diversas normas, dentre as quais destacam-se as normas: (1) Universais - GRI 101 (Fundamentos), GRI 102 (Conteúdos Gerais) e GRI 103 (Gestão de Impactos); (2) Setoriais - Padrões específicos para setores que enfrentam desafios únicos (em desenvolvimento); e (3) Temáticas - Questões como impacto ambiental, direitos humanos e práticas trabalhistas, alinhadas aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS).

As Normas Universais são aplicáveis a todas as organizações, independentemente, do setor econômico que atuam. A norma GRI-1 apresenta os fundamentos da abordagem GRI, como o conceito de sustentabilidade e de que modo os relatos devem ser feitos. A norma GRI-2 apresenta conteúdos a serem inseridos no relatório de sustentabilidade e que dizem respeito ao contexto geral da organização, como por exemplo, características do segmento econômico da empresa, políticas para compras, relacionamento com as partes interessadas, políticas de governança e contra a discriminação existentes. Enfim, orienta a formação do perfil

da organização. E, por fim, tem-se a GRI 3 que apresentam orientações para que as organizações definam seus temas materiais⁸ e como cada um deles são gerenciados.

As Normas Setoriais fornecem especificidades, de natureza socioambiental, para alguns setores econômicos, ou seja, seus prováveis temas materiais. Esta norma também determina que a organização deve definir seus temas materiais, como são gerenciados e relatados (GRI, 2024). Exemplos de normas setoriais vigentes são a GRI-11 – Setor de Petróleo e Gás, e a GRI-12 – Setor de Carvão.

Completando a estrutura GRI tem-se as normas temáticas. Como o próprio nome sugere os conteúdos desta norma são temas, como por exemplo, “Valor econômico direto gerado e distribuído” que devem ser mensurados “...a partir dos dados contidos nas suas demonstrações financeiras auditadas ou nos seus relatórios de gestão auditados internamente, sempre que possível”. (GRI, 2024, pág. 425)

Portanto, a abordagem da estrutura normativa GRI está centrada na elaboração de relatórios de sustentabilidade que sejam comparáveis e compreensíveis, com o intuito de “prestar contas” para os stakeholders e não apenas para os investidores.

3. SUSTANTABILITY AND ACCOUNTIG STANDART - SASB

A Sustainability Accounting Standard (SASB) é um conjunto de 77 padrões contábeis, publicados pela IFRS Foundation, para auxiliar na divulgação de métricas de sustentabilidade das organizações que podem, de maneira razoável, impactar os

⁸ Temas materiais são temas que representam os impactos mais significativos da organização na economia, no meio ambiente e nas pessoas, inclusive impactos nos direitos humanos (GRI, pág. 105).

fluxos de caixa da entidade, seu acesso a financiamento ou custo de capital no curto, médio ou longo prazo (IFRS FOUNDATION, 2023).

Estes padrões, incluem: (1) Descrições das organizações – ajudam as entidades a descreverem seus modelos de negócios, atividades e características que definem os seus segmentos de atuação; (2) Tópicos de Divulgação – abordam riscos ou oportunidades relacionados à sustentabilidade das atividades realizadas por uma determinada organização; (3) Métricas – projetadas para fornecer informações úteis sobre o desempenho de uma entidade em relação a um tópico de divulgação específico; (4) Protocolos Técnicos – fornecem orientações sobre definições, escopo, implementação e apresentação das métricas associadas; (5) Métricas de Atividade – quantificam a escala de atividades ou operações de uma entidade e são usadas em conjunto com as métricas para normalizar dados e facilitar comparações. (IFRS FOUNDATION, 2023)

O SASB é recomendando para empresas que relatam informações que impactam diretamente seus resultados financeiros. É uma abordagem muito quantitativa e financeira, desenvolvida para apoiar decisões de investidores.

3.1. ISO 26000

O sistema global de normalização, por meio da ISO (International Standardization Organization) desenvolveu documentos normativos que abordam diretrizes, requisitos, conceitos e práticas para os eixos Ambiental, Social e de Governança (ABNT, 2022).

A primeira norma publicada que tratou de sistema de Gestão foi a ISO 9001 voltada para o tema qualidade. Esta norma, a partir da revisão feita do ano 2000, está estruturada no ciclo PDCA, ou seja, planejar (plan), fazer (do), verificar (check) e agir

(act). Esta estrutura é a mesma que fundamenta as demais normas ISO que versam sobre sistemas de gestão (ABNT, 2022).

No eixo ambiental, a partir de 1990, a ISO desenvolveu a família de normas, denominada por série 14000, para sistemas de gestão ambiental e que ao longo do tempo foi sendo aprimorada com a inclusão de temas relevantes como gases de efeito estufa, pegada de carbono, dentre outros (ABNT, 2022).

Nos anos 2000, a ABNT foi pioneira no desenvolvimento de uma norma que tratasse do tema Responsabilidade Social: a ABNT NBR 16001. Esta norma brasileira foi a base para o desenvolvimento da norma internacional ISO 26000 – Guidance on Social Responsibility (ABNT, 2022).

Em relação ao eixo Governança, a ISO desenvolveu, primeiramente, a norma que trata de Gestão de Riscos (ISO 31000) e, na sequência, apresentou à comunidade internacional normas de sistemas de gestão específicas para os temas antissuborno, compliance e governança (ISO 37001, ISO 37301 e ISO 37000, respectivamente) (ABNT, 2022).

A ISO 26000 foi lançada pela ISO em 2010, após um processo de desenvolvimento colaborativo envolvendo mais de 90 países e diversos stakeholders (governos, organizações empresariais, ONGs e grupos trabalhistas) (ABNT, 2022).

Diferentemente dos padrões GRI e SASB, a ISO 26000 não tem por objetivo principal orientar a confecção de relatórios de sustentabilidade, mas em fornecer diretrizes para que as organizações integrem práticas de responsabilidade social às suas operações. Além disso, a norma orienta sobre como melhorar os impactos derivados das atividades organizacionais na sociedade e no meio ambiente de maneira voluntária.

A norma está estruturada em sete temas principais que são interrelacionados e complementares, e são os seguintes (ABNT, 2010):

- Governança organizacional: Práticas éticas e transparentes.

- Direitos humanos: Proteção e promoção dos direitos fundamentais.
- Práticas do trabalho: Condições de trabalho justas e seguras.
- Meio ambiente: Minimização de impactos ambientais.
- Práticas leais de operação: Combate à corrupção e promoção de concorrência justa.
- Questões relativas ao consumidor: Proteção dos direitos dos consumidores.
- Envolvimento e desenvolvimento da comunidade: Contribuição positiva para as comunidades locais.

De modo geral, tem-se que a ISO 26000 apresenta um conjunto de diretrizes a serem empregadas por organizações para que desenvolvam um sistema de gestão alinhado aos seus valores e práticas, e às expectativas sociais e ambientais.

3.2 COMPARATIVO ENTRE GRI, SASB e ISO 26000

Os padrões GRI e SASB possuem estruturas e finalidades semelhantes. Além disso, ambos orientam a elaboração de relatórios de sustentabilidade a partir de indicadores, sendo que o SASB tem um foco maior nos aspectos financeiros e contábeis, que são dados de maior interesse para investidores.

A norma ISO 26000, por seu turno, apresenta diretrizes para a estruturação de um sistema de gestão de responsabilidade social, ou em outras palavras, a norma apresenta os aspectos de responsabilidade social que devem ser inseridos nas estratégias e operações das organizações.

Na tabela 01 tem-se a comparação entre alguns aspectos dos instrumentos de ESG: GRI, SASB e ISO 26000.

Tabela 01 - Comparativo entre os instrumentos de ESG: GRI, SASB e ISO 26000

ASPECTOS	GRI	SASB	ISO 26000
----------	-----	------	-----------

Objetivo	Fornecer uma estrutura de relatórios ESG para todas as partes interessadas	Fornecer métricas de sustentabilidade materialmente relevantes para investidores	Oferecer diretrizes para a integração da responsabilidade social às estratégias das organizações
Estrutura	GRI Standards, divididos em normas universais, setoriais e específicas de tópicos	Padrões setoriais para 77 indústrias, com foco em materialidade financeira	Sete temas centrais abordando diversos aspectos de responsabilidade social
Abordagem	<i>Stakeholders</i>	Investidores	<i>Stakeholders</i> Sociedade, meio ambiente
Uso mais comum	Relatórios de sustentabilidade para empresas de todos os setores	Relatórios financeiros para empresas focadas em investidores	Orientações para implementação de um sistema de responsabilidade social

Fonte: Elaborada pelos autores.

A partir da tabela comparativa verifica-se que os aspectos: objetivo, abordagem e uso mais comum, da norma ISO 26000, possuem relação direta com o problema que deu origem ao presente trabalho, ou seja, a dificuldade de implementar um sistema de gestão de ESG por parte dos escritórios de advocacia. Desta forma, a referida norma servirá de base para o desenvolvimento da proposta de um caminho para a estruturação de um sistema de gestão de ESG.

3.3. SISTEMA DE GESTÃO DE ESG PARA A ADVOCACIA

Após analisar alguns instrumentos constata-se que muitos são os caminhos que levam ao ESG, sendo que alguns são mais simples e outros mais complexos; alguns têm abrangência menor e outros são mais amplos. Mas, nem todos os caminhos são

para todos os perfis de organizações, pois todas elas possuem características específicas. Os escritórios de advocacia também estão incluídos neste contexto e, portanto, devem optar pelo caminho mais condizente com a sua natureza.

Na sequência serão apresentadas as etapas para a estruturação de um sistema de gestão⁹ ESG que pode ser empregado pelos escritórios de advocacia, ou seja, um caminho possível.

3.4. COMPROMETIMENTO DA LIDERANÇA

A adequada estruturação de um sistema de gestão de ESG requer a inserção das variáveis ESG nos direcionamentos estratégicos das organizações. Tal atividade é inerente à alta liderança e para que seja concretizada requer que esta esteja convencida de que o ESG é o caminho a ser percorrido. Portanto, há clara referência à necessidade de mudança cultural da organização que se inicia pela adesão da alta liderança ao sistema ESG ou, em outras palavras, há que se obter o comprometimento da liderança (Baumgartner, 2014 apud Bonfante, 2021).

Esta é uma tarefa complexa, mas de fundamental importância para o sucesso da implementação de um sistema de ESG.

Kotter (2017), que é um autor que se dedica à gestão das mudanças, propôs um método para realizar as mudanças organizacionais com êxito, onde se destacam os seguintes pontos: (1) necessidade de engajar as pessoas no processo de mudança; (2) desenvolvimento de uma visão (que pode ser materializada em uma política documentada) clara de onde se pretende chegar; (3) criação do senso de urgência, ou seja, o efetivo engajamento das pessoas se dá a partir da compreensão

⁹ Sistema de gestão “é um conjunto de práticas padronizadas, logicamente inter-relacionadas com a finalidade de gerir uma organização e produzir resultados.” O sistema de gestão da organização abrange todos os seus subsistemas de gestão, composto por práticas. (FNQ, 2021, pág. 03)

da visão e, também, do tempo estimado para a concretização da mudança.

Desta forma, a mudança organizacional advinda da implementação de um sistema de ESG terá maior probabilidade de ocorrer com sucesso se as pessoas envolvidas participarem, efetivamente, da implementação, sendo que a alta direção do escritório de advocacia possui papel destacado (Kotter, 2017). Em outras palavras a alta direção deve demonstrar o seu comprometimento com a implementação do sistema de ESG que pode ser materializado da seguinte forma:

- Definir, comunicar e dar ciência da política ESG – este documento deve contar o propósito em relação às dimensões do ESG, contendo aspectos como transparência, comportamento ético, respeito aos interesses das partes interessadas, respeito aos seres humanos e a seus direitos, compromisso com a utilização racional dos recursos naturais, dentre outros. (ABNT, 2022).
- Exercer a liderança – engajar as pessoas para que elas contribuam efetivamente na implantação do sistema de ESG.
- Prover os recursos necessários à implantação do sistema de ESG.

A etapa seguinte é a definição da materialidade.

3.5 DEFINIR A MATERIALIDADE

O termo materialidade, inicialmente, estava relacionado com os impactos financeiros resultantes das atividades das organizações. No entanto, atualmente, a materialidade tem sido compreendida de forma mais abrangente e diz respeito aos impactos das atividades nas organizações nas dimensões meio ambiente, sociedade e governança (ACCOUNTABILITY, 2018).

A definição da materialidade, na abordagem ESG, se dá pela identificação e posterior avaliação da criticidade dos impactos resultantes dos produtos, serviços e atividades das organizações (ACCOUNTABILITY, 2018).

Uma forma de determinar a materialidade é a partir dos processos¹⁰ do escritório de advocacia, pois a partir deles é possível verificar os níveis de impactos que eles causam no sistema de ESG.

A figura 02 apresenta um exemplo de determinação de impacto sobre a dimensão Meio Ambiente, a partir das atividades inerentes ao processo “Visita pessoal a clientes”.

Figura 02 – Impactos ambientais associados às atividades



Fonte: Elaborado pelos autores.

A avaliação precisa da materialidade de todos os processos do escritório de advocacia confere um panorama geral em relação às três dimensões do ESG, indicando também, quais são as atividades que geram maior impacto e, assim procedendo, haverá subsídios para a definição dos objetivos de ESG.

3.6. DEFINIR OS OBJETIVOS DA ESG

Após a determinação da materialidade o escritório de advocacia terá

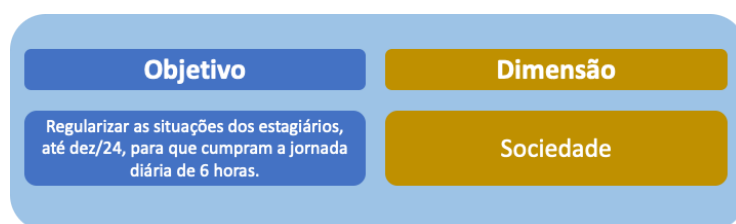
¹⁰ Processo é o conjunto de atividades inter-relacionadas que transformam entradas em saídas. (ABNT, 2015)

condições de definir os seus objetivos em ESG, ou seja, sabendo da sua posição atual em relação ao ESG, a organização está apta a projetar onde pretende chegar.

Neste ponto vale uma reflexão. A definição do objetivo precisa ser feita com cautela e com base na realidade do escritório. Se o objetivo definido for muito ousado e, talvez, inalcançável, a reação dos envolvidos poderá ser de desmotivação ao perceberem que o objetivo é impossível. Uma prática muito utilizada é o estabelecimento de objetivos que, ao mesmo tempo, sejam possíveis e desafiadores e, assim que forem atingidos, um novo patamar para este objetivo é definido. Tal premissa está baseada na dinâmica do ciclo PDCA¹¹ ou ciclo da melhoria contínua.

A figura 03 traz um exemplo de objetivo relacionado com a dimensão Sociedade.

Figura 03 – Modelo de objetivo



Fonte: Elaborado pelos autores.

3.7. PLANEJAR E IMPLEMENTAR AS PRÁTICAS DE ESG

¹¹ Segundo Souza (2014), o ciclo PDCA é um método em forma de ciclo que contribui para o alcance das metas estabelecidas para cada processo, por meio da melhoria contínua. Esse ciclo, também conhecido por Ciclo da Melhoria Contínua, é composto de quatro etapas básicas, que são: planejamento do processo, execução do processo, verificação do processo e atuação para correção ou melhoria.

O objetivo define o lugar que o escritório de advocacia pretende chegar e devem ser desdobrados da política de ESG e estar alinhados com a materialidade. Os objetivos podem ser qualitativos ou quantitativos, mas devem abordar aspectos relacionados ao meio ambiente, à sociedade ou ainda à governança.

No entanto, para chegar a este lugar é preciso estabelecer quais são as providências, os prazos, os envolvidos e os recursos necessários para alcançar o objetivo. Portanto, é preciso planejar.

O planejamento das ações a serem implementadas, a fim de alcançar os objetivos de ESG, deve ser realizado de maneira formal. Para tanto, os escritórios de advocacia podem se utilizar de uma ferramenta simples e muito utilizada que é o plano de ações.

Os planos de ações estabelecidos fornecem orientações práticas e de simples compreensão, indicando o que deve ser feito, os responsáveis, os recursos necessários, os prazos dentre outros aspectos considerados importantes. A figura 04 exemplifica um plano de ação.

Figura 04 – Exemplo de Plano de ação

Ação	Responsável	Prazo	Recursos	Meios
Implementar um canal de denúncias	Gerente administrativo	Até março de 2025	R\$XXXX	Inserindo o canal no portal de relacionamento existente

Fonte: Elaborado pelos autores.

3.8 AVALIAR E APRIMORAR

A caminhada dos escritórios de advocacia, rumo ao ESG, pode ser facilitada pela implementação de um sistema de gestão de ESG. O primeiro passo desta caminhada incumbe à alta direção externalizar o seu comprometimento com o sistema

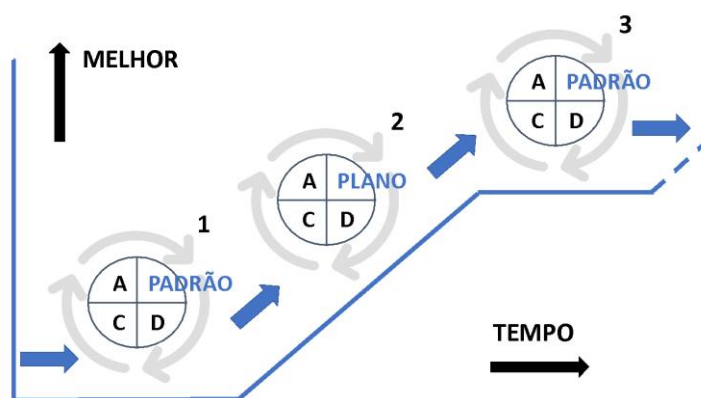
de gestão de ESG, por meio de providências, como a elaboração e a divulgação da política de ESG.

Em etapa posterior a materialidade deve ser definida, ou seja, proceder a identificação e a posterior avaliação da criticidade dos impactos resultantes dos serviços e das atividades dos escritórios de advocacia nas dimensões ESG.

A materialidade servirá como referência para a definição dos objetivos de ESG, que são diretrizes que apontam onde o escritório de advocacia pretende chegar. Em momento posterior, as ações ou práticas de ESG devem ser estabelecidas, por meio de planejamento formal e, na sequência, elas devem ser implementadas.

Após a implementação das ações planejadas deve-se avaliar os resultados obtidos com a implementação delas. Esta avaliação consiste, de modo geral, em verificar se as ações foram eficazes e se contribuíram para o alcance dos objetivos de ESG e, também, se estão alinhadas com a política de ESG. Feito isso, o próximo passo será o aprimoramento do sistema de ESG, que está alicerçado nos conceitos divulgados por Campos (1999) que versam sobre a melhoria contínua de processos ou de um sistema de gestão. A figura 05 ilustra esse conceito.

Figura 05 – Melhoria contínua, segundo Campos



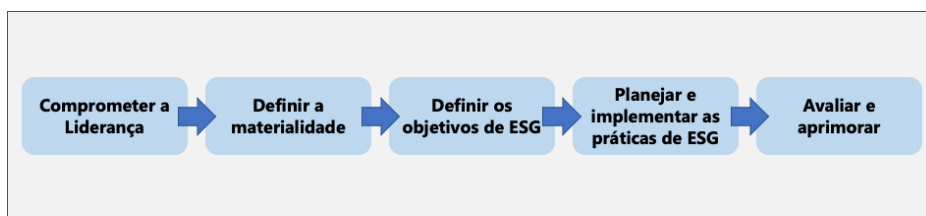
Fonte: Adaptado de Campos (1999, pág.34)

De acordo com Campos (1999), em um primeiro momento hipotético, o processo (item 1 da figura 05) está em um nível aquém do desejado. Nesse instante o processo está sendo executado de acordo com o “padrão” de trabalho pré-estabelecido (situação inicial). Portanto, melhorias são necessárias e são iniciadas pelo estabelecimento de um “plano” (item 2 da figura 05) que têm por meta elevar o nível de desempenho do processo. Percebe-se então, na figura 05 que a etapa 2 está em um patamar superior ao que estava anteriormente e, esse avanço se deu em função da implementação de um plano de ações. Essa movimentação do processo que estava no estágio 1 e seguiu para o estágio 2 pode ser denominada de melhoria, de acordo com a teoria de Campos (1999), e assim, sucessivamente.

4. O CAMINHO POSSÍVEL

A proposta de caminho para a estruturação de um sistema de gestão de ESG para os escritórios de advocacia consiste em 5 (cinco) etapas principais, conforme ilustrado na figura 06, que são as seguintes: (1) comprometer a liderança; (2) definir a materialidade; (3) definir os objetivos de ESG; (4) Planejar e implementar as práticas de ESG e (5) avaliar e aprimorar.

Figura 06 – Etapas para a estruturação de um sistema de ESG



Fonte: Elaborado pelos autores

É importante ressaltar que as etapas estão ordenadas em uma sequência lógica e, portanto, a alteração desta ordem ou a implementação de uma etapa sem que a anterior tenha sido completamente concluída, poderá trazer resultados menos eficazes.

Outra consideração relevante diz respeito ao tempo de implantação deste sistema de gestão ESG, que será variável e dependerá de variáveis como o tamanho do escritório, as características específicas de suas atividades, o número de clientes e processos, a infraestrutura existente, o nível atual de aderência às legislações, a disponibilidade de recursos (humanos e financeiros), o nível de comprometimento, dentre outros.

CONCLUSÃO

O ESG (Environmental, Social, Governance) tornou-se uma tendência mundial, impulsionada pela crescente demanda por práticas empresariais mais responsáveis e sustentáveis. As referências pesquisadas mostram que é possível conciliar os objetivos estratégicos das organizações com a sustentabilidade, garantindo um equilíbrio entre desempenho financeiro e responsabilidade socioambiental.

Os escritórios de advocacia também estão inseridos nesse contexto e a adoção de um sistema de ESG é uma necessidade cada vez mais evidente, pois os seus clientes esperam que eles, na condição de parceiros estratégicos, também possuam práticas de ESG implementadas.

Para auxiliar as organizações neste desafio existem padrões e normas internacionais, como a ISO 26000 e as diretrizes do GRI, que fornecem parâmetros para a implementação de um sistema de gestão de ESG. No entanto, a aplicação prática destes padrões e normas não é tarefa simples, principalmente pela

necessidade de adaptação delas às especificidades do setor jurídico.

Diante de tal cenário o presente trabalho propôs um caminho viável para a implementação de um sistema de ESG nos escritórios de advocacia, com base em etapas estruturadas que facilitam a incorporação desses princípios de forma eficiente e alinhada às realidades do setor.

Por fim, têm-se que a adoção de práticas de ESG têm o potencial de contribuir para o fortalecimento da reputação dos escritórios de advocacia junto aos seus clientes e à sociedade como um todo, pois demonstram o comprometimento com a atuação ética, transparente e comprometida com os impactos sociais e ambientais das atividades jurídicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCOUNTABILITY. AA 1000 – Princípios da AcCountability. 2018. Disponível em: <https://www.accountability.org/static/c47fb374007908079700c582a09063ab/aa1000ap2018-portuguese.pdf>. Acesso em: 20 de setembro de 2024.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). ABNT NBR ISO 9000: Sistema de Gestão da Qualidade – Fundamentos e vocabulário. Rio de Janeiro: ABNT, 2015.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). ABNT NBR ISO 26000 – Diretrizes sobre responsabilidade social. Rio de Janeiro: ABNT, 2010.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). ABNT PR 2030 - Ambiental, social e governança (ESG) — Conceitos, diretrizes e modelo de avaliação e direcionamento para organizações. Rio de Janeiro: ABNT, 2022.

BELINKY, Aron. ODS ou ESG? A criação de um artefato para análise de instrumentos de avaliação ou orientação de negócios pela perspectiva da sustentabilidade. 2022. 244 f. Tese (Doutorado em Administração de Empresas). Escola de Administração de Empresas de São Paulo. Fundação Getúlio Vargas, São Paulo: 2022.

BONFANTE, Mariele Canal. Modelo de gestão baseado em práticas ESG para a sustentabilidade do laboratório fábrica de ímãs de terras raras. 2021. 141 f. Tese

(Doutorado em Ciência e Engenharia de Materiais). Programa de Pós Graduação em Ciência e Engenharia de Materiais. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: 2021.

CAMPOS, Vicente Falconi. TQC – Controle da Qualidade Total (no estilo japonês). 8ª. edição. Belo Horizonte: Editora de Desenvolvimento Gerencial, 1999.

COELHO, Alexandre Zavaglia. O papel do jurídico na agenda de ESG. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/pt/juridico/blog/o-papel-do-juridico-na-agenda-de-esg.html>. 2023. Acesso em: 28 de março de 2024.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. Nosso Futuro Comum. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

FIGUEIREDO, Elisa Junqueira; FRANÇOSO, Thais Folgosi. O protagonismo ESG na perenidade da empresa e o direito. 2022. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/371412/o-protagonismo-esg-na-perenidade-da-empresa-e-o-direito>. Acesso em 25 de abril de 2024.

FUNDAÇÃO GLOBAL REPORTING INITIATIVE (GRI). Normas GRI consolidadas. 2024. Disponível em: <https://www.globalreporting.org/how-to-use-the-gri-standards/gri-standards-portuguese-translations/>. Acesso em 22 de agosto de 2024.

FUNDAÇÃO NACIONAL DA QUALIDADE (FNQ). Modelo de excelência da gestão (MEG). Disponível em: https://prod.fnq.org.br/comunidade/wp-content/uploads/2018/12/n_2_modelo_de_excelencia_da_gestao_meg_fnq.pdf. Acesso em: 20 de agosto de 2024.

GALINDO, Fabio; ZENKNER, Marcelo; KIM, Yoon Jung. Fundamentos do ESG: Geração de valor para os negócios e para o mundo. Belo Horizonte: Forum, 2023.

GREENWALD, Carol Schiro. Why Law Firms Need to Make ESG a Priority. New York State Bar Association. New York, 2022. Disponível em: <https://nysba.org/why-law-firms-need-to-make-esg-a-priority/>. Acesso em: 20 de março de 2024.

IFRS FOUNDATION. Sustainability Accounting Standard (SASB) - Professional & Commercial Services. Versão 2023-12. Disponível em: https://d3flraxduht3gu.cloudfront.net/latest_standards/professional-and-commercial-services-standard_en-gb.pdf. Acesso em: 01 de abril de 2024.

INTERNACIONAL BAR ASSOCIATION (IBA). ESG survey results report: ESG in Latin America. 2022. Disponível em: <https://www.ibanet.org/document?id=LARF-ESG-survey-results-report>. Acesso em 02 de outubro de 2024.

KOTTER, John. Liderando mudanças: transformando empresas com a força das emoções. Rio de Janeiro: Alta Books, 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO (MPU). Cartilha ESG e a Gestão Pública - uma visão geral. Brasília, 2023. Disponível em: <https://auditoria.mpu.mp.br/documentos-audin-mpu/manuais-e-cartilhas/cartilha-da-audin-mpu/cartilha-esg-e-a-gestao-publica-uma-visao-geral/cartilha-esg-assinada.pdf>. Acesso em: 19 de agosto de 2024.

NEVES, Camila Bezerra Correia. O desempenho corporativo em ESG e a performance financeira das empresas brasileiras. 2022. 118 f. Dissertação (Mestrado em Administração). Programa de Pós-Graduação em Administração, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2022.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB). Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB - Dispõe sobre o Regulamento Geral previsto na Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. Brasília, 1994. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/subs/pedreira/institucional/regulamento-geral-do-estatuto-da-advocacia-e-da>. Acesso em: 28 de março de 2024.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, SECCIONAL DO PARANÁ (OAB-PR). Guia de práticas sustentáveis na advocacia. Curitiba, 2019. Disponível em: <https://www.oabpr.org.br/guia-traz-orientacoes-sobre-praticas-sustentaveis-na-advocacia/>. Acesso em: 20 de março de 2024.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, SECCIONAL DE SÃO PAULO (OAB-SP). Notas introdutórias à temática ESG – governança ambiente, social e corporativa. S/D. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/upload/2017958794.pdf>. Acesso em: 24 de março de 2024.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, SECCIONAL DO RIO GRANDE DO SUL (OAB-RS). Guia ESG da Advocacia. Porto Alegre, 2023. Disponível em: https://admsite.oabrs.org.br/arquivos/file_64d40e3c5fe7e.pdf. Acesso em: 24 de março de 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 26 de março de 2024.



REVISTA DIREITO --- FAE

SOLER, Fabrício; PALERMO, Caroline. ESG (ambiental, social e governança): da teoria à prática. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553624276. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624276/>. Acesso em: 26 mar. 2024.

**ALTERNATIVAS JURÍDICAS À REORGANIZAÇÃO DE
OBRIGAÇÕES DO PRODUTOR RURAL**

*LEGAL ALTERNATIVES TO REORGANIZING RURAL
PRODUCERS' OBLIGATIONS*

Luise Corrêa Ferreira¹
Guilherme Helfenberger Galino Cassi²
Rafaela Cardoso de Brito³

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a evolução jurídica do conceito de empresário rural, com especial foco nas transformações que permitiram ao produtor rural se enquadrar como empresário perante a legislação. Além disso, busca-se contextualizar as diversas formas de reorganização das dívidas disponíveis ao produtor rural. Dentro desse contexto, entendeu-se de suma importância examinar a recuperação judicial como um mecanismo moderno que pode ser utilizado pelo empresário rural para a reorganização de suas dívidas, proporcionando uma ferramenta eficiente para a manutenção de suas atividades em tempos de crise. O primeiro tópico desse trabalho abordará a contextualização histórica do produtor rural como empresário, traçando a trajetória evolutiva do

¹Graduanda do 10º período do Curso de Direito da FAE Centro Universitário. Contato: Luise.ferreira@mail.fae.edu

²Professor orientador. Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Civil e Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Email: Guilherme.cassi@mail.fae.edu.

³Graduanda do 10º período do Curso de Direito da FAE Centro Universitário. Contato: Rafaela.brito@mail.fae.edu

conceito de empresário rural e sua recepção no direito brasileiro. Na sequência, será analisada a importância econômica da atividade rural, discutindo-se o papel central do produtor rural no desenvolvimento econômico do país. Em seguida, será tratado o tema das formas de reorganização das dívidas do produtor rural quando não empresário, abordando os mecanismos jurídicos disponíveis. Por fim, será discutida a possibilidade de utilização da recuperação judicial pelo empresário rural, sendo um instrumento cada vez mais relevante para a sobrevivência e reestruturação financeira daquele setor em tempos de crise. Ao final, o trabalho conclui que a evolução jurídica do conceito de empresário rural foi fundamental para conferir maior segurança e previsibilidade ao setor, possibilitando a utilização de instrumentos legais, como a recuperação judicial, para a manutenção e reorganização de suas atividades em momentos de dificuldade financeira. Ademais, observa-se que a reorganização de dívidas, em seus diversos formatos, também é essencial para a sustentabilidade da atividade rural, permitindo sua adaptação às exigências do mercado. A metodologia utilizada foi a pesquisa doutrinária com análise crítica.

Palavras-chave: Empresário Rural. Reestruturação. Dificuldades. Recuperação Judicial.

ABSTRACT

The aim of this paper is to analyze the legal evolution of the concept of rural entrepreneur, with a special focus on the transformations that have allowed rural producers to qualify as entrepreneurs under the law. It also seeks to contextualize the various forms of debt reorganization available to rural producers. Within this context, it was considered extremely important to examine judicial recovery as a modern mechanism that can be used by rural entrepreneurs to reorganize their debts, providing an efficient tool for maintaining their activities in times of crisis. The first topic of this paper will deal with the historical context of the rural producer as an entrepreneur, tracing the evolutionary path of the concept of rural entrepreneur and its reception in Brazilian law. Next, the economic importance of rural activity will be analyzed, discussing the central role of rural producers in the country's economic development. Next, the issue of ways of reorganizing the debts of rural producers who are not entrepreneurs will be addressed, covering the legal mechanisms available. Finally, the possibility of using judicial reorganization by rural entrepreneurs will be discussed, as it is an increasingly relevant instrument for the survival and financial restructuring of this sector in times of crisis. In the end, the paper concludes that the legal evolution of the concept of rural entrepreneur has been fundamental in conferring greater security and predictability to the sector, making it possible to use legal instruments, such as judicial recovery, to maintain and reorganize its activities in times of financial difficulty. Furthermore, it can be

seen that the reorganization of debts, in their various forms, is also essential for the sustainability of rural activity.

Key-Words: Rural entrepreneur. Restructuring. Difficulties. Judicial recovery.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de estudo o produtor rural e sua caracterização jurídica como empresário no direito brasileiro, com foco nas implicações dessa mudança no âmbito da recuperação judicial. A pesquisa busca analisar a evolução histórica da legislação que trata do empresário rural, desde as Ordenações Portuguesas até a codificação moderna representada pelo Código Civil de 2002, observando, portanto, que as Ordenações não delimitaram diretamente quem era considerado empresário, quicá um empresário rural, figura sem correspondente jurídico àquele momento, assim, foi percebido que somente com a chegada do Código Civil de 2002 foi possível o reconhecimento do empresário propriamente dito, e ainda, taxando quais os requisitos para que o produtor rural pudesse se encaixar nesta classe.

O problema central a ser abordado reside na dificuldade do produtor rural, historicamente excluído do regime empresarial, de acessar os mecanismos legais de proteção financeira, especialmente a recuperação judicial, essencial para manter a atividade produtiva em tempos de crise.

A pesquisa buscou investigar e analisar a evolução jurídica do produtor rural no direito brasileiro, com ênfase nas implicações do reconhecimento do mesmo como empresário e as possibilidades de sua inclusão no regime de recuperação judicial.

Tendo como seus objetivos, examinar a evolução legislativa sobre a figura do empresário, destacando as diferenças entre o comerciante e o produtor rural, analisar as legislações aplicáveis ao empresário rural, especialmente o Código Civil de 2002 e

a Lei de Recuperação Judicial, ainda, avaliar as formas de reorganização de dívidas do produtor rural quando este não é enquadrado no formato de empresário e, por fim, identificar as consequências econômicas e jurídicas do acesso do produtor rural à recuperação judicial.

Dentro do exposto buscou-se ressaltar a relevância do estudo, a qual se justifica pela crescente importância do agronegócio para a economia brasileira, sendo este o setor responsável por grande parte das exportações do país e pelo desenvolvimento econômico em diversas regiões. O produtor rural, embora essencial, historicamente não gozava dos mesmos direitos e proteções conferidos aos empresários e comerciantes industriais, o que gerava desigualdades na forma de lidar com crises financeiras.

Com a mudança legislativa, principalmente com o advento do Código Civil de 2002 e a Lei 11.101/2005, o produtor rural passou a ser enquadrado como empresário, o que lhe permite o acesso a mecanismos de recuperação financeira, como a recuperação judicial. Este mecanismo, essencial para a manutenção das atividades produtivas em momentos de crise, representa um avanço significativo na proteção jurídica ao setor rural, especialmente em um contexto marcado por sazonalidades, variações climáticas e instabilidades econômicas globais.

Dada a importância do agronegócio e a frequente exposição do produtor rural a crises econômicas, torna-se imperativo estudar a inclusão deste no regime jurídico empresarial, principalmente no que tange à recuperação judicial, destacando sua atualidade e relevância no cenário econômico nacional.

A metodologia utilizada para a construção deste trabalho baseou-se em pesquisa doutrinária, a partir da análise crítica, com o objetivo de explorar as nuances jurídicas e econômicas que envolvem o conceito de empresário rural e os mecanismos de recuperação de crédito aplicáveis a este setor.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO PRODUTOR RURAL COMO EMPRESÁRIO

Fazendo uma análise da legislação, desde as Ordenações Portuguesas, percorrendo pelo Código Comercial de 1850 e finalizando-a na atualidade com o Código Civil de 2002, é perceptível que ao decorrer do tempo houve mudanças quanto a figura do empresário, principalmente no que se trata do produtor rural.

No contexto das Ordenações Portuguesas, durante o período colonial, foram as Ordenações Filipinas que influenciaram o direito comercial brasileiro e, embora o termo "empresário" possa não ser encontrado literalmente, os textos tratavam das práticas comerciais e econômicas da época, oferecendo insights sobre como essas atividades eram regulamentadas e controladas pelo Estado:

Na primeira fase temos as relações comerciais desde o período colonial, onde não existia uma codificação específica voltada para as relações mercantis, sendo este tipo de relação disciplinada pelas Ordenações (especificamente nos primeiros títulos do livro IV, que tratava do direito das obrigações) e leis extravagantes, assim como alvarás, dos quais podemos citar o alvará de 21 de abril de 1751 que expressava: "Devem-se facilitar meios ao comércio para este florescerá e dilatar-se".⁴

Percebe-se, então, que as Ordenações não delimitaram diretamente quem era considerado empresário, quiçá um empresário rural, figura sem correspondente jurídico àquele momento. Foi com o advento do Código Comercial Português de 1833, o qual foi promulgado em Portugal e aplicado no Brasil durante o período imperial, que os atos de comércio foram definidos pelo legislador, o qual descrevia suas

⁴ANDRÉ, André Luiz Pedro. **As Ordenações e o Direito Privado Brasileiro**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Campos, n.3. p. 11, 2007. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79069602.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2024.

características básicas.⁵

Entende-se por atos de comércio a delimitação de quem seria considerado comerciante, a fim de se incluir nas regras do que tratava o Código Comercial:

[...] tinha como uma das principais funções a de atribuir, a quem praticasse os denominados atos de comércio (ou mercancia), a qualidade de comerciante, o que era pressuposto para a aplicação das normas do Código Comercial.⁶

Nota-se que o Código Comercial Português de 1833 estabeleceu normas e regulamentos específicos para questões comerciais, contratos mercantis, sociedades comerciais e responsabilidade dos comerciantes, sendo inspirado no Código Comercial francês, assim como, posteriormente (1850), inspirou-se o Brasil.⁷ Por sua vez, nenhum dos atos de comércio listados referia-se às atividades rurais propriamente ditas.

Mais adiante, com a implementação do Código Comercial de 1850, exigiu-se em seu artigo 4º a “matrícula do comerciante que fizesse da mercancia profissão habitual”.⁸ Ou seja, para que comerciante fosse considerado, além da habitualidade em seus atos, necessariamente precisaria estar matriculado em algum Tribunal do Comércio, naquela época, do Império:

Art. 4 - Ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este Código liberaliza em favor do comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e faça da

⁵HEMÉTRIO, Jaciara Guimarães Rosa. **Evolução Histórica Do Direito Comercial**. Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas, n.1, p. 2, 2017. Disponível em: <<http://fadipa.educacao.ws/ojs-2.3.3-3/index.php/cjuridicas/article/viewFile/197/pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2024.

⁶*Ibidem*, p. 1.

⁷DINIZ, Gustavo S. **Curso de Direito Comercial**. 2ª Ed. São Paulo: Grupo GEN, 2022. p. 7. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9786559773022/>>. Acesso em: 26 mar. 2024.

⁸*Ibidem*, p. 7.

mercancia profissão habitual (artigo nº 9).⁹

Tendo em vista que a mercancia foi apenas aludida, sem ter seu sentido precisado, o Regulamento nº 737/1850, também conhecido como Regulamento Comercial, surge como coadjuvante processual do Código para enunciar os atos de comércio e consolidar estas disposições que se encontravam dispersas.¹⁰

Este regulamento possuía “o intuito de fixar a competência dos, hoje, extintos tribunais de comércio”.¹¹ Dessa forma, em seu artigo 19º enumerou atos presumivelmente de mercancia:

Art. 19. Considera-se mercancia:

§ 1º A compra e venda ou troca de efeitos móveis ou semoventes, para vender por grosso ou retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso;

§ 2º As operações de câmbio, banco e corretagem, expedição, consignação e transporte de mercadorias, de espetáculos públicos;

§ 3º As empresas de fábricas, de comissões de depósito, de expedição, consignação e transportes de mercadorias, de espetáculos públicos;

§ 4º Os seguros, fretamentos, riscos e quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo;

§ 5º A armação e expedição de navios.¹²

Da mesma forma destaca Edite Batista de Albuquerque sobre o Código Comercial de 1850:

Durante anos foi discutido o que seria o Direito Comercial, suas obrigações e seus direitos, o Código Comercial de 1850, foi publicado, acolhendo implicitamente a teoria dos atos de comércio, tendo o Regulamento n. 737 do

⁹BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial. **Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça**, 01 jul. 1850. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leimp/1824-1899/lei-556-25-junho-1850-501245-norma-1850-pl.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2024.

¹⁰JR., Waldo F. **Manual de Direito Comercial**. 2ª Ed. São Paulo: Grupo GEN, 2020. p. 4. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024890/>>. Acesso em: 07 abr. 2024.

¹¹*Ibidem*, p. 4.

¹²BRASIL. **Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850**. Determina a Ordem do Juízo no Processo Comercial. Palácio do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 25 nov. 1850. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim0737.htm>. Acesso em: 14 abr. 2024.

mesmo ano, enumerado as atividades sujeitas aos tribunais do comércio, mantendo-se a separação entre Direito civil e Direito Comercial, assim as atividades com fins lucrativos, mencionadas como atos de comércio estavam submetidas ao direito comercial.

O Decreto n.737 de 1850 preconizou em seu o Art. 19 que as atividades de mercancia seriam a compra e venda ou troca de efeitos móveis ou semoventes para os vender ou para os alugar, trazendo ainda, em seus parágrafos as operações de câmbio, a corretagem e o banco, outrossim, as empresas de fábricas de missões de depósitos, de expedição, consignação e transporte de mercadorias, bem como os seguros e quaisquer contratos relativos ao Comércio marítimo, incluindo, ainda, questões entre particulares sobre títulos de dívida pública.¹³

Importante frisar que, enquanto o Regulamento nº 737/1850 foi uma peça importante na codificação do direito comercial brasileiro, sua definição de atos de comércio enfrenta críticas por sua rigidez, limitações e falta de adaptação às mudanças no cenário comercial e econômico ao longo do tempo. Isso, pois, a maneira como um empresário organiza seus esforços comerciais para alcançar objetivos específicos é o que realmente define sua identidade como empresário e o caráter de suas atividades comerciais.

Da mesma forma leciona Waldo Fazzio Júnior:

Sintetizando, o ato de comércio como conceito jurídico acabou sendo superestimado e deturpado, como se fosse o critério definidor do atributo da comercialidade, o que não corresponde à verdade. Em outras palavras, o ato de comércio não confere a quem o pratica a qualidade de comerciante. Não imprime comercialidade à atividade profissional produtiva. É exatamente o oposto. Com certeza, é a organização da atividade profissional finalisticamente dirigida que dá aos atos praticados pelo empresário sua real especificidade.¹⁴

É exatamente desta crítica que se percebe que o Código Comercial de 1850 não considerava o produtor rural como empresário nos mesmos termos que definia os

¹³ALBUQUERQUE, Edite Batista de. Et al. **Uma evolução histórica do direito empresarial: produtor rural como empresário**. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento, n. 05, p.2, out.2021. Disponível em: <<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/produtor-rural>>. Acesso em: 07 abr. 2024.

¹⁴JR., Waldo F. 2020. p. 5.

comerciantes e as atividades comerciais. Este Código focava principalmente nas atividades comerciais tradicionais, como comércio de bens, importação e exportação, negociação de títulos de crédito, entre outros aspectos relacionados ao comércio.

Naquela época, a distinção entre atividades comerciais e atividades agrícolas era mais clara e os produtores rurais eram frequentemente considerados como agricultores, não como empresários comerciais. Isso refletia a estrutura econômica predominante do Brasil naquele período, onde a agricultura era uma atividade central e o comércio estava mais voltado para o transporte e troca de bens produzidos:

O agricultor e pecuarista não eram vistos como comerciantes, tendo em vista que suas funções se restringiam a vender o que a terra teria produzido, não havendo qualquer tipo de intermediação. Por essas razões, a atividade agropecuária era excluída da esfera do direito empresarial. Acreditava-se que não havia continuidade e habitualidade na atividade agrícola, devido a dependência de safras.¹⁵

1.1 A NÃO CLASSIFICAÇÃO DO RURALISTA COMO COMERCIANTE E A PROTEÇÃO JURÍDICA DA PROPRIEDADE

Historicamente, antes do século XX, a atividade rural ocupava um lugar central nas economias de diversos países, superando em importância o comércio, que era relegado a um papel secundário. A estrutura econômica da época refletia essa preponderância da atividade rural e, para os ruralistas, a preocupação maior não era ser classificado como comerciante ou empresário - conceito ainda inexistente em sua forma moderna, mas garantir a proteção de seus bens jurídicos fundamentais.

Entre esses bens, a propriedade despontava como o mais essencial. O ruralista, ligado ao trabalho com a terra, dependia diretamente da manutenção e

¹⁵SOGARI, João Filipe Barreto. **Estudo sobre a Recuperação Judicial do Produtor Rural Pessoa Natural**. 2021. 37 p. Monografia (bacharelado em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2021. Disponível em: <<https://dspace.mackenzie.br/items/43f9d6a9-c316-4b0c-9fdd-9f144ff5635f>>. Acesso em: 07 abr. 2024.

proteção de suas terras para a continuidade de sua atividade econômica e, portanto, para sua subsistência. Dessa forma, as legislações ao longo dos séculos priorizavam a salvaguarda da propriedade rural e a segurança dos contratos relacionados a essa atividade, como no caso do arrendamento rural.

Essa visão de proteção à propriedade pode ser observada em legislações como o Código Civil Francês de 1804, o qual, segundo doutrinadores, foi estruturado grande parte para atender aos interesses dos ruralistas, especialmente dos latifundiários. Enquanto isso, o Código Comercial de 1806 foi destinado a regulamentar as atividades dos comerciantes.

É o Código da burguesia, não apenas da grande burguesia. Ao estabelecer as regras sobre a propriedade da terra, assegurou à nova classe social sua estabilidade, no tempo em que a terra constituía a expressão da riqueza, pois o comércio e a indústria eram secundários e exercidos por artesãos e pequenos burgueses.¹⁶

Essa separação jurídica reflete a realidade da época: o ruralista não necessitava ser considerado empresário, pois sua prioridade era garantir a segurança jurídica de suas terras e a continuidade de sua atividade agrícola, algo vital para a economia da época, mesmo assim, já era considerado burguês, visto sua importância e sua riqueza.¹⁷

Assim, criou-se o entendimento de função social da propriedade, o qual é o fator utilizado hoje como o maior requisito para que a propriedade rural seja protegida e mantida em domínio de seu proprietário, vindo arrolada na Constituição Federal de

¹⁶TENÓRIO, Oscar. **Napoleão e o Código Civil**. In: *Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*, Rio de Janeiro, nº 10, p.67-76, jan./abr.1970. Disponível em: <<https://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-10-fase-1/artigo-das-pags-67-76>>. Acesso em: 01 out. 2024.

¹⁷*Ibidem*, 1970.

1988 em seu artigo 186.¹⁸

1.2 O SURGIMENTO DO PAPEL DE EMPRESÁRIO NA LEGISLAÇÃO

Observa-se, portanto, que até o ano de 1942 não se falava ainda em empresa e empresário, mas sim em comerciantes. Com a vinda de um novo legislador na Itália, o empresário passou a ser realidade, e agora a lei passa a legislar não só em favor do comerciante.¹⁹

Portanto, com a nova codificação italiana, é externalizada a primeira definição de empresário no *Codice Civile* em seu artigo 2.082: “É empresário quem exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada com o fim de produção ou de troca de bens e serviços”.²⁰

Com a mudança em questão, Alfredo Gonçalves Neto afirma que:

Diferentemente do comerciante, que era inicialmente identificado no papel de intermediário da corrente circulatória (excluídos o primeiro e último de seus anéis), o empresário vem conceituado de modo mais abrangente, como partícipe de todo o fluxo da circulação de riquezas, desde a produção até o último dos atos em que aquela se desdobra.²¹

Junto a esta mudança, veio uma alteração então no entendimento do que é ser empresário e o que se caracteriza como tal. Logo, se torna empresário, aquele profissional do mercado que é perito em produção e circulação de bens e/ou serviços que por meio da exploração destes busca lucratividade.²² Porém, aqui, ao se falar em

¹⁸BRASIL. Constituição Federal 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 out. 2024.

¹⁹FÉRES, Marcelo Andrade. **Empresa e Empresário: Do Código Civil Italiano ao Novo Código Civil Brasileiro**. In: RODRIGUES, Frederico Viana (Coord.). *Direito De Empresa No Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 51.

²⁰ITÁLIA. **Codice Civile**, 1942. Art. 2.082. No original: E' imprenditore chi esercita professionalmente una attivita' economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi.

²¹NETO, Alfredo de Assis Gonçalves. **Direito De Empresa**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 73.

²²ASCARELLI, Tullio. **"Corso di diritto moccerciale"**. 1962, p.189, apud NETO, 2010. p. 73

empresário, não se considerou também o produtor rural.

Em 1964 foi criado no Brasil o Estatuto da Terra²³ o qual estabeleceu normas para a organização da estrutura fundiária no país, objetivando promover a reforma agrária e a política agrária.²⁴ Percebe-se, portanto, que embora o produtor rural ainda não fosse tratado como empresário, não significava que não existisse uma legislação própria direcionada à sua atividade.

Posteriormente, o Código Civil de 2002 também recepcionou a alteração advinda do Código Civil italiano, em seu artigo 966,²⁵ legitimando que empresário será o sujeito de direito que faz do exercício da atividade econômica sua profissão.²⁶ Portanto, pode-se concluir que para alguém ser considerado empresário, basta que o sujeito de direito tenha como profissão o exercício de uma atividade econômica rentável e habitual.

Neste sentido, a Lei brasileira traz em primeiro plano, a figura do empresário rural no art. 970 do Código Civil de 2002,²⁷ o qual deve-se observar, que nada mais é do que uma pessoa natural de direito, que tem como seu emprego a exploração da atividade econômica agropecuarista.

O empresário rural é definido como aquele que exerce atividade agrícola, pecuária, agroindustrial e/ou extrativa, e que, assim, conjuga os fatores terra, trabalho e capital de forma organizada e econômica, obedecendo a critérios

²³BRASIL. **Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964.** Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm. Acesso em: 14 abr. 2024.

²⁴SCHMITZ, Arno Paulo e BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. **O Estatuto da Terra no confronto do pensamento econômico: Roberto Campos versus Celso Furtado.** SciELO. p. 2, 2014. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0104-06182014000300002>>. Acesso em: 07 abr. 2024.

²⁵Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 10 de abr. 2024.

²⁶NETO, Alfredo de Assis Gonçalves. 2010. p. 73.

²⁷Art. 970. A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.**

determinados pelo Estado e ratificados por legislação própria.²⁸

Ao observar o artigo de lei citado anteriormente, é de se estranhar quando fala em “tratamento favorecido, diferenciado e simplificado”, porém ao que tudo indica, esta determinação se relaciona ao tempo em que o empresário rural era descaracterizado como tal, tendo prejuízos até que se fosse determinada sua qualificação.²⁹

Em suma, atualmente o produtor rural adquiriu seu espaço como empresário, sendo, dessa forma, qualificado e protegido pelo novo Código Civil brasileiro, lembrando que é por conta de suas peculiaridades da atividade rural que este espaço foi reconhecido, sendo pela atividade adotada que o art. 970 determina um tratamento favorecido ao produtor rural no momento de seu registro e os atos decorrentes deste.³⁰

2 A IMPORTÂNCIA ECONÔMICA DA ATIVIDADE RURAL

O agronegócio surgiu no Brasil durante o período colonial, quando houve a instalação dos engenhos. No decorrer dos anos, houve uma grande revolução e, atualmente, é um dos setores com maior destaque na economia.³¹

A atividade rural é considerada uma atividade de alto endividamento, visto que o produtor rural brasileiro enfrenta um cenário de crise econômica constante, tendo altas chances de quebra de safras, inflação, falta de crédito etc. Portanto é de se

²⁸TZIRULNIK, Luiz. **Empresas e Empresários no Novo Código Civil**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 33.

²⁹TZIRULNIK, Luiz. 2005. p. 33

³⁰FILARDI, Rosemeire Adalardo; POIANA, Jhonatan Luís M. Lei Nº 14.112/2020: Legitimidade do Produtor Rural para o Pedido de Recuperação Judicial e o Tratamento dos Créditos Específicos de sua Atividade. In: LASPRO, Oreste; GIAN SANTE, Gilberto. (Org.). **Recuperação Judicial e Falência: Atualizações da Lei Nº 14.112/2020 à Lei 11.101/2005**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2021.

³¹PASSOS, Wegela Tatiara Maia. **Produtor Rural: Um estudo comparativo entre pessoa física e pessoa jurídica agroindustrial**. Revista Científica Semana Acadêmica. 2012. p. 2. Disponível em: <<https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigocientificoprodutorrural.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2024.

observar que estes fatores acabam trazendo ao produtor rural acúmulo de dívidas, e colocam em risco a sua atividade produtiva, que, além de ser sua segurança alimentar, é fundamental para o desenvolvimento do país.³²

Alguns dos desafios que esta atividade enfrenta são, por exemplo, as pragas, as doenças, as intempéries climáticas, todos decorrentes de casos fortuitos ou força maior.³³ Ou seja, que decorrem por motivos alheios à vontade do produtor.

Ainda, o campo de abrangência relativo ao agronegócio engloba atividades pecuárias, agricultura, agroindústria, entre outras. E os produtos dessas atividades são fornecidos tanto para o público interno do Brasil quanto para diversos países, sendo o Brasil um dos maiores exportadores agrícolas do mundo. Logo, no ano de 2022 as exportações efetuadas atingiram o valor de US\$ 159,09 bilhões, conforme dados extraídos da Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil.³⁴

Ao falar de agronegócio e agroindústria é necessário entender o que são e qual a finalidade de cada um dos tipos de serviço.

No que se refere a agroindústria, trata-se de unidade de produção e processamento do produto agrícola, transformando-o para sua forma de utilização tanto intermediária quanto final.³⁵

Já o agronegócio para Davis e Goldberg é:

[...] a soma total de todas as operações que envolvem a produção e a distribuição de suprimentos agrícolas; as operações de produção dentro da fazenda; o armazenamento, processamento e distribuição de produtos

³²ROGOWSKI, João Francisco. **Recuperação Financeira do Produtor Rural: Manual Prático para Reerguer o Agronegócio com Sucesso**. 1ª Ed. Porto Alegre: Aurium Editora, 2023. p. 7.

³³*Ibidem*, p.21.

³⁴SICREDI. **Blog do Sicredi**. Disponível em: <<https://www.sicredi.com.br/site/blog/agronegocio/importancia-agronegociobrasil/#:~:text=Sua%20relev%C3%A2ncia%20%C3%A9%20grande%2C%20pois,pa%C3%ADses%20exportadores%20agr%C3%ADcolas%20do%20planeta>>. Acesso em: 05 mai. 2024.

³⁵MENDES, Judas Tadeu Grassi; JUNIOR, João Batista Padilha. **Economia do Agronegócio: A Força do Brasil**. Pinhais: Grupo JML, 2022. p. 53.

agrícolas e dos itens produzidos por eles.³⁶

Partindo deste conceito, tem-se o agronegócio como a produção de tudo que envolva a agropecuária, ou seja, produção e plantação de grãos como também produção de tudo que provém do animal.

Para os estudiosos o agronegócio é dividido em três setores. O primeiro deles, é chamado de “pré-porteira”, representa toda a indústria que fornece insumos para que a produção rural possa acontecer, como por exemplo, fabricantes de equipamentos (tratores, plantadeiras etc.), e fabricantes de fertilizantes.³⁷

O segundo setor trata-se do setor “dentro da porteira”, o qual é a produção rural ou agropecuária propriamente dita, representado pelos comumente chamados fazendeiros (pessoa física), sejam eles pequenos, médios ou grandes produtores, mas também podendo ser também as grandes empresas agricultoras (pessoas jurídicas).³⁸

E por fim, no terceiro setor estão os negócios chamados de “pós-porteira”, os quais são representados pelas transportadoras, processadoras (no caso de produtos processados em fábrica), e revendedoras, todas com o objetivo de que o produto chegue ao seu consumidor final. Aqui estão os supermercados, fabricas de farinha, frigoríficos etc.³⁹

Assim, ao conhecer sobre o funcionamento do sistema operacional do agronegócio, é de suma importância que os produtores envolvidos possuam acesso a ferramentas jurídicas que lhes permitam ajuda financeira simplesmente pelo fato de que se estes entrarem em crise, todos os outros empreendedores, conforme

³⁶DAVIS, John H.; GOLDBERG, Ray A. **A Concept of Agribusiness**. Boston: *Harvard University Graduate School of Business Administration*, 1957. *apud* FILARDI, Rosemeire Adalardo; POIANA, Jhonatan Luís M. *Idem*, 2021. p. 306.

³⁷FILARDI, Rosemeire Adalardo; POIANA, Jhonatan Luís M. 2021. p. 306 – 307.

³⁸*Ibidem*, 2021. p. 307.

³⁹*Ibidem*, 2021. p. 307

demonstrado acima, conseqüentemente seriam levados juntos à crise. Cássio Cavalli assim discorre:

[...] os produtores rurais exercem uma atividade economicamente relevante para o PIB e para a balança comercial do país. Portanto, em casos de crise financeira de produtores rurais, interessa ao país que o ordenamento jurídico franqueie aos produtores rurais o acesso aos melhores instrumentos jurídicos para lidar com crises financeiras.⁴⁰

Diante desta perspectiva, é de se atentar que no último ano (2023), houve um crescimento estorrecido de novos pedidos de Recuperação Judicial, com um crescimento de 535% em comparação com o ano anterior, totalizando em mais de 127 pedidos cumulados.⁴¹

Neste sentido, é natural pensar que os maiores solicitantes são os pequenos produtores, os quais fazem de sua atividade uma atividade de subsistência e tem menos subsídios para atuar.

Contudo, o pensamento é equivocado, ao analisar que os grupos de arrendatários de terra e os grandes grupos econômicos foram os maiores solicitantes, pois no último ano a queda do valor da soja foi uma grande inimiga para estes, já que tem como atividade primária o plantio, tendo, portanto, 44 entradas de pedidos de Recuperação Judicial, pelos produtores desta natureza.⁴²

Já os grandes proprietários de terra também foram gravemente afetados com a crise econômica rural, juntamente com os médios e pequenos produtores,

⁴⁰CAVALLI, Cássio. **A Legitimação para a Recuperação Judicial e a Falência**. 2ª Ed. São Paulo: Agenda Recuperacional Editora, 2023. p. 35.

⁴¹EXPERIAN, Serasa. **Produtores Rurais que atuam como pessoa física acumulam 127 pedidos de recuperação judicial em 2023, revela Serasa Experian**. [S.l.], 2024. Relatório técnico anual 2023. Disponível em: <<https://www.serasaexperian.com.br/sala-de-imprensa/agronegocios/produtores-rurais-que-atuam-como-pessoa-fisica-acumulam-127-pedidos-de-recuperacao-judicial-em-2023-revela-serasa-experian/>>. Acesso em: 29 abr. 2024.

⁴²*Ibidem*, 2024.

finalizando o ano com 83 solicitações.⁴³

3 FORMAS DE REORGANIZAÇÃO DAS DÍVIDAS DO PRODUTOR RURAL QUANDO NÃO EMPRESÁRIO

Existem algumas formas de reorganizar as dívidas do produtor rural quando este não se encaixa no conceito de empresário. Dentre essas formas há a reorganização decorrente de caso fortuito ou força maior, há também a aplicação da teoria da imprevisão e, por fim, o processo de insolvência civil, que serão explicadas a seguir.

3.1 CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR

Caso fortuito ou força maior são termos os quais se referem a eventos imprevistos que podem isentar a responsabilidade do devedor pela impossibilidade de cumprir determinada obrigação, seja por incidentes causados pela força da natureza ou por atos de terceiros.⁴⁴

Como exemplos de acontecimentos imprevistos provindos por força da natureza, tem-se um raio que provoca incêndio num armazém ou então uma enchente que submerge o local. Quando o fato imprevisto é proveniente de ações de terceiros, tem-se como exemplo uma guerra ou uma revolução. Geralmente é algo que ocorre fora do controle das partes envolvidas e é considerado absolutamente inevitável.⁴⁵

⁴³*Ibidem*, 2024.

⁴⁴CASTILHO JÚNIOR, Wilton de Souza. **Crédito Rural: Mecanismos Administrativos e Judiciais por parte do Produtor**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF, 2024. Disponível em: <<https://conteudo.juridico.com.br/consulta/artigo/57123/crdito-rural-mecanismos-aministrativos-e-judiciais-por-parte-do-produtor>>. Acesso em: 05 set. 2024.

⁴⁵CHAVES, Antônio. **Caso fortuito ou de força maior**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 61, n. 2, p. 56–66, 1965. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66485>>. Acesso em: 03 set. 2024.

Ou seja, são duas categorias previstas no art. 393, *caput* e parágrafo único do Código Civil de 2002,⁴⁶ as quais os doutrinadores não puderam diferenciar com exatidão.

Conforme ensina João Francisco Rogowski, no caso dos produtores rurais, estes podem solicitar a extensão do prazo de pagamento de suas dívidas quando estiverem em face de circunstâncias como estas acima narradas:

Os agricultores têm o direito de requerer a extensão do prazo de pagamento de suas dívidas, desde que atendam a determinados critérios. Um desses critérios é a necessidade de solicitar a prorrogação da dívida em casos de “força maior” ou “caso fortuito”. Esses termos referem-se a eventos imprevisíveis e inevitáveis que impossibilitam o agricultor de cumprir com suas responsabilidades financeiras, como seca, enchentes, infestações, doenças nas plantações, entre outros.⁴⁷

Portanto, quando o produtor rural estiver de frente com caso fortuito ou força maior, poderá, após comprovado, requerer uma reorganização de suas dívidas, com, como exemplo, a solicitação de prorrogação do prazo.

3.2 TEORIA DA IMPREVISÃO

A Teoria da Imprevisão é um conceito jurídico que se aplica quando uma das partes de um contrato enfrenta uma mudança inesperada e significativa nas circunstâncias que torna a execução da obrigação excessivamente onerosa ou impossível.⁴⁸

Está prevista no art. 478 do Código Civil de 2002 nos seguintes termos:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e

⁴⁶BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 1 set. 2024

⁴⁷ROGOWSKI, João Francisco. 2023. p. 8.

⁴⁸OCTAVIANI, Tiago. **A teoria da imprevisão nos contratos futuros do agronegócio brasileiro.** 2023. 165 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito) - Universidade Nove de Julho, São Paulo. Disponível em: <<http://bibliotecatede.unino.ve.br/handle/tede/3439>>. Acesso em: 3 set. 2024

imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.⁴⁹

Em mesmo sentido, o art. 317 do Código Civil de 2002 dispõe:

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.⁵⁰

Ambas as previsões normativas entendem que por motivos supervenientes e não esperados, a obrigação se tornou desproporcional e demasiadamente onerosa, possibilitando uma interferência no contrato, seja para fins de revisão, seja para fins de extinção do vínculo, a depender do caso concreto.⁵¹

Alberto Gosson Jorge Júnior destaca a importância do instituto:

Não se trata a rigor de inovação doutrinária incorporada pelo legislador do Código Civil. Os autores costumam mencionar que a ideia central estava presente na antiga cláusula rebus sic stantibus. É conhecida também a chamada Teoria da Imprevisão, e no direito alemão, assinala-se que o imperativo de recomposição de ganhos e sacrifícios ganhou impulso com a necessidade sentida pela doutrina e jurisprudência de dar solução às desproporções descomunais advindas aos contratos com a inflação que se seguiu a primeira grande guerra mundial.⁵²

Ocorre, porém, que diversos infortúnios se inserem no próprio risco natural da atividade do produtor rural. Dessa forma, não é sempre que tal teoria pode ser aplicada.⁵³

Em 2012, ao julgar o Recurso Especial nº 945.166, a Quarta Turma do STJ fixou o entendimento de que não é justificável ou possível convocar a teoria da

⁴⁹BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 1 set. 2024.

⁵⁰BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 1 set. 2024.

⁵¹OCTAVIANI, Tiago. p. 110.

⁵²JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. Direito dos Contratos. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 39.

⁵³OCTAVIANI, Tiago. p. 121.

imprevisão para discutir onerosidade excessiva de contratos agrícolas por conta de pragas, secas e variações de preço dos insumos,⁵⁴ por não se considerar como fatos novos e imprevisíveis, já que estes são esperados que aconteçam no ramo do agronegócio.

Da mesma forma, o Relator do REsp supracitado ainda afirma que,

[...] para ensejar a aplicação da teoria da imprevisão - a qual, de regra, possui o condão de extinguir ou reformular o contrato por onerosidade excessiva - é imprescindível a existência, ainda que implícita, da cláusula rebus sic stantibus, que permite a inexecução de contrato comutativo - de trato sucessivo ou de execução diferida -, se as bases fáticas sobre as quais se ergueu a avença alterarem-se, posteriormente, em razão de acontecimentos extraordinários, desconexos com os riscos ínsitos à prestação subjacente.⁵⁵

Ou seja, não basta que as circunstâncias mudem repentinamente para que a Teoria da Imprevisão seja aplicada e ocorra a extinção ou modificação do contrato, ainda assim, deverá existir uma previsão específica no mesmo, dando a ideia de que ele só é válido se as condições originais se mantiverem.

Por este motivo torna-se tão difícil a aplicação judicial da Teoria da Imprevisão nos casos em que envolvam os produtores rurais.

3.3 INSOLVÊNCIA CIVIL

⁵⁴BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp. 945.166/GO. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília-DF, 28 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1125109&num_registro=200700922864&data=20120312&formato=PDF>. Acesso em: 03 set. 2024.

⁵⁵*Ibidem*, 2012.

A insolvência civil é um processo judicial que reconhece a incapacidade de uma pessoa física ou jurídica (que não seja empresária) de pagar suas dívidas, servindo como alternativa à falência, que se aplica somente para os empresários.

Para o produtor rural que exerça sua atividade sem inscrição empresarial, caso suas dívidas excedam o valor de seu patrimônio, sendo nítida a impossibilidade de pagá-las, este poderá ser declarado insolvente por meio de decisão judicial, como previsto nos artigos 955 a 965 do Código Civil de 2002.⁵⁶

Caso o produtor rural encontre-se nessas condições, suas obrigações serão executadas por concurso universal de credores, na forma prevista nos arts. 748 e 786-A do Código de Processo Civil de 1973.⁵⁷

Apesar de todos os benefícios da insolvência civil aos credores do insolvente, este não é beneficiado da mesma maneira. No caso de o devedor ser proprietário de bens passíveis de penhora, todos eles serão arrecadados e penhorados por determinação judicial no intuito de pagar as dívidas aos credores.

Por esse motivo, a insolvência é uma solução que deve ser considerada só em último caso quando o sujeito devedor não tiver a possibilidade de se tornar uma pessoa jurídica.

Caso o devedor seja um produtor rural em apuros, este tem a possibilidade de se tornar PJ e requerer que se promova a sua recuperação judicial, a qual se valerá de estudos e análises para que, assim como os credores, o devedor também seja beneficiado e não tenha maiores prejuízos, como perder seus bens e ver seu trabalho de anos desvair-se.

⁵⁶QUEIROZ, Diwey Starnly Ferreira. **Adesão facultativa do produtor rural ao regime jurídico empresarial: deferência (ainda) necessária ou favorecimento indevido?** 2021. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. p. 36 Disponível em: <<https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/3389>>. Acesso em: 02 set. 2024.

⁵⁷*Ibidem*, 2021. p. 36.

4 A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL PELO EMPRESÁRIO RURAL

Um dos principais prejuízos aos ruralistas que não se enquadravam como empresários era não poder se valer dos meios de recuperação previstos na lei brasileira que eram típicos à figura do empresário.

Dessa forma, o Código Civil de 2002 estabeleceu em seu art. 971⁵⁸ que o produtor rural será considerado empresário quando realizar o registro na Junta Comercial, ou seja, após feito tal registro o produtor poderá valer-se dos mesmos mecanismos que os demais empresários, tal como a recuperação judicial⁵⁹.

Antes de o empresário ser considerado insolvente, a lei permite-lhe, por meio da recuperação judicial, demonstrar opções para sair da crise financeira em que se encontra.⁶⁰ Este mecanismo está previsto na Lei nº 11.101/2005,⁶¹ a qual trata também da recuperação extrajudicial e da falência dos empresários. Esta Lei adveio em substituição ao Decreto-Lei nº 7.661/1945⁶² que tratava da “concordata”, como era denominado anteriormente o mesmo instituto.⁶³

Importa ressaltar que não possui a finalidade de dilação das dívidas, ou seja, de desfazer os débitos, mas sim de extração das causas da crise daquele empresário,

⁵⁸Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.

⁵⁹VENOSA, Sílvio de S.; RODRIGUES, Cláudia. **Direito Empresarial**. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. p. 315. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559776139/>>. Acesso em: 29 abr. 2024.

⁶⁰JR., Waldo F. 2020. p. 517.

⁶¹BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 28 abr. 2024.

⁶²BRASIL. **Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Lei de Falências**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm>. Acesso em: 28 abr. 2024.

⁶³VENOSA, Sílvio de S.; RODRIGUES, Cláudia. 2024. p. 314.

para que sua dívida seja sanada, sem necessidade de liquidação.⁶⁴

Assim, dispõe o art. 50, os meios para atingir este objetivo. Como exemplo: a concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas (inciso I do art. 50 da Lei nº11.101/2005).

Estas formas de recuperação previstas no artigo supramencionado possuem relação de interação, portanto os meios podem ser combinados desde que compatíveis e em conformidade com o caso concreto.⁶⁵ Ainda, a referida Lei possibilita ao credor e ao devedor ajustarem-se de maneira livre, desde que dentro dos limites legais.⁶⁶

É em seu art. 48 que são estabelecidos os requisitos para o pedido de recuperação judicial. Sendo eles, a condição de não ser falido, ou caso tenha sido, estejam declaradas extintas as responsabilidades decorrentes por sentença com trânsito em julgado; não ter obtido a recuperação judicial em menos de 5 (cinco) anos ou, da mesma forma, a recuperação judicial com base no plano especial que trata a Sessão V daquele mesmo Capítulo da Lei; e não ter sido condenado ou então ter administrador ou sócio controlador condenado por qualquer dos crimes previstos naquela Lei.

Dentro desses requisitos é expressamente definido que o lapso temporal que o empresário deve exercer sua atividade devidamente regulamentada é de pelo menos dois anos, portanto, no que se tange a tal regulamentação, mesmo que a atividade possa ser considerada de certa forma de cunho empresário, o empresário responsável por ela só tem direito ao instituto se sua atividade for registrada.

Este prazo temporal existe com o intuito de limitar a concessão da recuperação judicial apenas àqueles que já se encontram consolidados no mercado empresarial e que possuam certo grau de viabilidade econômico-

⁶⁴JR., Waldo F. 2020. p. 517.

⁶⁵JR., Waldo F. 2020. p. 517.

⁶⁶*Ibidem*, p. 518.

financeira para que se legitimem as concessões feitas ao devedor pelos credores.⁶⁷

Desta forma só seria possível requerer o seu direito ao instituto de Recuperação, o produtor rural que cumprisse com o art. 971 do Código Civil de 2002, onde prevê o Registro de suas atividades na Junta Comercial de seu estado, passando dois anos desde a formalização deste ato.⁶⁸

Contudo, como já mencionado anteriormente, o Código Civil atual fixa em seu texto o tratamento diferenciado em favor e de forma simplificada aos produtores rurais, o que, portanto, não poderia ser diferente nas normas as quais se baseiam na Lei Civil.⁶⁹

Nesse sentido, posteriormente, foi criada a Lei nº 14.112/2020,⁷⁰ que altera a lei de recuperação judicial com a finalidade de atualização. Um dos pontos principais advindos desta legislação foi o §2º do art. 48 o qual estabeleceu que, nos casos de atividade rural por pessoa jurídica, é permitido a comprovação dos 2 (dois) anos de atividade, requisito do *caput*, mesmo antes do registro formal na Junta Comercial, a fim de que o empresário rural possa valer-se da recuperação judicial ainda que tenha efetuado o registro em momento próximo à necessidade de recuperação.

Contudo, o §2º anteriormente citado, ainda assim trouxe questionamentos sobre como comprovar o exercício da atividade no lapso temporal definido tendo a

⁶⁷BARBOZA, Tainá Farias de Oliveira. **A nova lei de recuperação e falência (Lei nº 14.112) sob a ótica do produtor rural**. 2022. 62 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito de Alagoas, Curso de Direito, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2022. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufal.br/jspui/handle/123456789/9984>>. Acesso em: 7 mai. 2024.

⁶⁸BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 7 mai. 2024.

⁶⁹FILARDI, Rosemeire Adalardo; POIANA, Jhonatan Luís M. 2021. p. 309.

⁷⁰BRASIL. **Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020**. Altera as Leis nºs 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14112.htm>. Acesso em: 29 abr. 2024.

nova lei suprido essa dúvida no que se refere aos produtores rurais.

Com a reforma do antigo art. 48, houve a complementação do texto para que o §2º fosse reforçado e explicado pelos §§ 3º e 5º,⁷¹ sanando a incerteza da necessidade da atividade regulamentada pela Junta Comercial por mais de dois anos, com isso foi concedido especificamente ao produtor rural, o direito ao instituto recuperacional.⁷²

Portanto, é de se observar que, ainda que a atividade rural seja exercida sem o registro na Junta Comercial, ela não se torna irregular, já que, seu registro pode ser considerado como uma mera formalidade à luz da nova lei de recuperação judicial.⁷³

A Lei Civil abriu esta possibilidade especialíssima a este seguimento próprio da economia tendo em vista a variedade de tipos de produtores rurais que se diferenciam entre si, pela forma que empregam em suas práticas agrícolas, por condições econômicas e sociais de cada um, ou, ainda, por força das decisões tomadas em relação ao seu negócio.⁷⁴

Waldo Fazzio Junior discorre que “tratando-se de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, o biênio pode ser comprovado por meio da Declaração de Informações Econômico-fiscais de Pessoa Jurídica (DIPJ) tempestivamente entregue.”⁷⁵

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça firma em mesmo sentido:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PRODUTOR RURAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXERCÍCIO PROFISSIONAL DA ATIVIDADE RURAL HÁ PELO MENOS DOIS ANOS. INSCRIÇÃO DO PRODUTOR RURAL NA JUNTA COMERCIAL NO MOMENTO DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL (LEI N. 11.101/2005, ART. 48). RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Tese firmada para efeito do art. 1.036 do CPC/2015: **Ao produtor rural que exerça sua atividade de forma empresarial há mais de dois anos é**

⁷¹*Ibidem*, 2020.

⁷²BARBOZA, Tainá Farias de Oliveira. 2022.

⁷³FILARDI, Rosemeire Adalardo; POIANA, Jhonatan Luís M. 2021. p. 302.

⁷⁴*Idem*, 2021. p. 308.

⁷⁵JR., Waldo F. 2020. p. 526.

facultado requerer a recuperação judicial, desde que esteja inscrito na Junta Comercial no momento em que formalizar o pedido recuperacional, independentemente do tempo de seu registro.

2. No caso concreto, recurso especial provido.

(REsp n. 1.905.573/MT, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 22/6/2022, DJe de 3/8/2022) (Destaca-se).⁷⁶

Trata-se da aplicação do Tema Repetitivo nº 1.145,⁷⁷ o qual estipula exatamente a questão discutida, definindo a possibilidade de deferimento do pedido de recuperação judicial ao produtor rural que está registrado há menos de dois anos na Junta Comercial, mas que exerce a atividade há mais tempo.

Importa destacar que a recuperação judicial constitui um instituto que permite a manutenção da fonte produtora, mantém o emprego dos trabalhadores, promove a preservação da empresa e de sua função social e, ainda de extrema importância, o estímulo à atividade econômica.⁷⁸

Além de trazer maior conforto e alívio ao produtor rural devedor, tendo em vista que, ao ser requerida e aprovada, todas as execuções judiciais que lhe fazem jus, são imediatamente suspensas pelo prazo de 180 dias a contar do deferimento do pedido de recuperação, sendo essa suspensão chamada de *stay period*, a qual já era prevista na Lei 11.101/2005.⁷⁹

Contudo, na antiga lei de recuperação judicial este prazo era improrrogável.

⁷⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 1.905.573/MT**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília-DF, 22 de junho de 2022. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271905573%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271905573%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271905573%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271905573%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 06 mai. 2024.

⁷⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema Repetitivo nº 1.145**. Ao produtor rural que exerça sua atividade de forma empresarial há mais de dois anos é facultado requerer a recuperação judicial, desde que esteja inscrito na Junta Comercial no momento em que formalizar o pedido recuperacional, independentemente do tempo de seu registro. Brasília, DF. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1145&cod_tema_final=1145>. Acesso em 28 abr. 2024.

⁷⁸ROGOWSKI, João Francisco. 2023. p. 21.

⁷⁹BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 4 set. 2024.

Foi a partir da nova redação da Lei 14.112/2020 que o devedor passou a ter a possibilidade de, caso ele comprove a excepcionalidade do seu caso e a necessidade, o *stay period* poderá ser prorrogado por uma única vez por mais 180 dias.⁸⁰

Ainda assim, é de entendimento do Superior Tribunal de Justiça que este período ainda poderá ser prorrogado mais do que o previsto na Lei, desde que, haja a deliberação prévia acerca do tema em assembleia geral dos credores, como se observa no julgado abaixo.

[...]

3. Especificamente sobre o *stay period*, a Lei n. 14.112/2020, sem se afastar da preocupação de que este período de esforços e de sacrifícios impostos [por lei] aos credores não pode subsistir indefinidamente, sob o risco de gerar manifesta iniquidade, estabeleceu que o sobrestamento das execuções de créditos ou obrigações sujeitos à recuperação judicial (com vedação dos correlatos atos constitutivos) perdurará pelo "prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado do deferimento do processamento da recuperação, prorrogável por igual período, uma única vez, em caráter excepcional, desde que o devedor não haja concorrido com a superação do lapso temporal".

3.1 A lei, em termos resolutivos (uma vez mais), estabelece a possibilidade de o período de suspensão perdurar por até 360 (trezentos e sessenta) dias. É importante registrar, no ponto, que todos os prazos que gravitam em torno do *stay period*, para a consecução dos respectivos atos processuais foram mantidos tal como originariamente previstos, ou seja, passíveis de serem realizados - não havendo nenhum evento extraordinário - dentro dos 180 (cento e oitenta) dias inicialmente estipulados.

3.2 O disposto no inciso I do § 4º-A do art. 6º da LRF é claro em acentuar que as suspensões das execuções dos créditos submetidos à recuperação judicial e dos prazos prescricionais e a proibição dos correlatos atos constitutivos "não serão aplicáveis caso os credores não apresentem plano alternativo no prazo de 30 (trinta) dias, contado do final do prazo referido no § 4º deste artigo ou no § 4º do art. 56 desta Lei". Por consequência, o inciso II do § 4º-A assinala que o sobrestamento das execuções dos créditos submetidos à recuperação judicial, bem como dos correlatos atos constitutivos, persiste durante esse prazo de 30 (trinta) dias, dentro do qual o plano de recuperação judicial dos credores deve ser apresentado, caso em que este período de blindagem subsistirá pelo prazo de 180 dias, contados do término do prazo de 180 dias iniciais ou de sua prorrogação, caso não tenha ocorrido

⁸⁰BRASIL. **Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020**. Altera as Leis nºs 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14112.htm>. Acesso em: 4 set. 2024.

a deliberação do plano pela assembleia de credores; ou contados da própria deliberação que rejeitou o plano apresentado pelo devedor.

3.3 O novo regramento ofertado pela Lei n. 14.112/2020, de modo expresso e peremptório, veda a prorrogação do *stay period*, após a fluência desse período máximo de blindagem (de até 360 dias), estabelecendo uma única exceção: a critério exclusivo dos credores, poderão, findo este prazo sem a deliberação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor; ou, por ocasião da rejeição do plano de recuperação judicial, deliberar, segundo o quórum legal estabelecido no § 5º do art. 56, a concessão do prazo de 30 (trinta) dias para que seja apresentado um plano de recuperação judicial de sua autoria.

3.4 Diante dessa inequívoca mens legis - qual seja, de atribuir aos credores, com exclusividade, findo o prazo máximo de blindagem (de até 360 dias), a decisão de estender ou não o *stay period* (com todos os efeitos jurídicos daí advindos) - qualquer leitura extensiva à exceção legal (interpretação que sempre deve ser vista com reservas) não pode dispensar a expressa autorização dos credores a esse propósito.

3.5 Em conclusão, a partir da nova sistemática implementada pela Lei n. 14.112/2020, **a extensão do *stay period*, para além da prorrogação estabelecida no § 4º do art. 6º da LRF, somente se afigurará possível se houver, necessariamente, a deliberação prévia e favorável da assembleia geral dos credores a esse respeito**, seja com vistas à apresentação do plano de recuperação judicial, seja por reputarem conveniente e necessário, segundo seus interesses, para se chegar a um denominador comum no que alude às negociações em trâmite. Ausente a deliberação prévia e favorável da assembleia geral dos credores para autorizar a extensão do *stay period*, seu deferimento configura indevida ingerência judicial, apartando-se das disposições legais que, como demonstrado, são expressas nesse sentido.

[...]

(REsp n. 1.991.103/MT, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 11/4/2023, DJe de 13/4/2023).⁸¹

Dessa forma, observa-se que a Recuperação Judicial em comparação com as demais alternativas ilustradas no 3º tópico deste artigo, ainda que exija a caracterização do produtor rural como empresário, é o formato mais benéfico de reorganização das dívidas.

Depreende-se, portanto, que caso o ruralista não preencha os requisitos

⁸¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.991.103/MT, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 11/4/2023, DJe de 13/4/2023. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271991103%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%271991103%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271991103%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%271991103%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 4 set. 2024.

formais exigidos pela lei, não se tornando empresário registrado, este não poderá gozar dos benefícios os quais advêm da Recuperação Judicial.

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho foi possível identificar a relevância da evolução jurídica do conceito de empresário rural no direito brasileiro, bem como compreender as diferentes formas de reorganização de dívidas do produtor rural e a importância da recuperação judicial como mecanismo de reorganização financeira.

No primeiro tópico, referente à contextualização histórica do produtor rural como empresário, concluindo que a caracterização do produtor como empresário representou um avanço significativo na legislação brasileira, a qual hoje, engloba a atividade rural na esfera empresarial.

Observando assim, que historicamente o produtor rural era visto como uma figura autônoma, desvinculada das normas comerciais que regem o mercado, contudo, a partir do momento em que o direito brasileiro passou a aceitar o produtor rural como empresário, este passou a usufruir de benefícios jurídicos antes reservados ao setor comercial e industrial, como o direito à recuperação judicial trazendo como consequência disso, maior segurança jurídica ao mesmo e permitindo acesso a instrumentos de reorganização de dívidas mais eficazes, reconhecendo a atividade rural como essencial para o desenvolvimento econômico nacional.

No segundo tópico, ao discutir a importância econômica da atividade rural, verificou-se que o setor rural sempre desempenhou, um papel fundamental no desenvolvimento econômico do país, sendo a base de sustento da economia nacional, e responsável pela geração de riquezas e exportação de produtos essenciais.

Neste contexto, o setor rural continua ainda hoje, sendo um pilar estratégico para a economia, com forte impacto na balança comercial do Brasil e na geração de empregos. Concluindo, portanto, que o reconhecimento desta importância econômica

é essencial para entender os motivos que levaram a inclusão do produtor rural ao conceito de empresário e o seu consequente acesso à recuperação judicial.

O terceiro tópico, que abordou as formas de reorganização das dívidas do produtor rural quando não empresário, evidenciou que, antes da evolução legislativa, os produtores rurais dispunham de mecanismos mais limitados para reorganizar suas dívidas, sendo restritos a renegociações diretas de dívidas com credores e ainda mecanismos que não ofereciam a mesma robustez das ferramentas disponíveis aos comerciantes e industriais.

Neste cenário, ficou perceptível a limitação na capacidade do produtor rural enfrentar crises financeiras, especialmente em um setor marcado por sazonalidades e variações de mercado. Essa limitação motivou a ampliação das proteções ao produtor rural, culminando na possibilidade de utilização de instrumentos mais sofisticados, como a recuperação judicial.

Por fim, ao analisar a possibilidade de utilização da recuperação judicial pelo empresário rural, constatou-se que esse mecanismo se revelou um avanço significativo na proteção dos interesses econômicos do setor rural.

Observando assim, que recuperação judicial permite ao produtor rural empresário, reorganizar suas dívidas de forma judicialmente supervisionada, garantindo a continuidade de suas atividades, oferecendo um fôlego financeiro em momentos de crise, promovendo não apenas a reestruturação financeira do empresário rural, mas também a preservação de empregos e a manutenção do fluxo econômico no campo.

Notando-se que a aplicabilidade da recuperação judicial ao setor rural reafirma a relevância da atividade agrícola para a economia nacional e reconhece as peculiaridades dessa atividade, que depende de fatores imprevisíveis como o clima e o mercado global.

Em suma, este trabalho conclui que a evolução jurídica do conceito de empresário rural foi essencial para conceder maior segurança ao produtor rural e ampliar seu acesso a instrumentos de reorganização de dívidas mais práticos e benéficos.

Observando que esse reconhecimento não apenas fortalece o setor rural, mas também reforça sua importância econômica para o país, assegurando que crises pontuais não comprometam a continuidade de uma atividade essencial para o Brasil, finalizando o entendimento concluindo que, ao estender a recuperação judicial ao empresário rural, a legislação brasileira reconhece tamanha sensibilidade das atividades do campo, e por este motivo, proporciona uma ferramenta eficaz para o enfrentamento de dificuldades financeiras sofridas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Edite Batista de. Et al. **Uma evolução histórica do direito empresarial: produtor rural como empresário**. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento, n. 05, p.2, out. 2021. Disponível em: <<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/produtor-rural>>. Acesso em: 07 abr. 2024.

ANDRÉ, André Luiz Pedro. **As Ordenações e o Direito Privado Brasileiro**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Campos, n.3. p. 11, 2007. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79069602.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2024.

ASCARELLI, Tullio. **“Corso di diritto commerciale”**. Milão, ITÁLIA: Editore Giuffrè, 1962. 474 p.

BARBOZA, Tainá Farias de Oliveira. **A nova lei de recuperação e falência (Lei nº 14.112) sob a ótica do produtor rural**. 2022. 62 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito de Alagoas, Curso de Direito, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2022. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufal.br/jspui/handle/123456789/9984>>. Acesso em: 7 mai. 2024.

BRASIL. Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Lei de Falências. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 21 jun. 1945. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm>. Acesso em: 28 abr. 2024.

BRASIL. Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850. Determina a Ordem do Juízo no Processo Comercial. **Coleção Das Leis Do Brasil, 1850. V. 1, P. 271**. Palácio do Rio de Janeiro, RJ, 25 nov. 1850. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim0737.htm>. Acesso em: 14 abr. 2024.

BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial. **Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça**, Palácio do Rio de Janeiro, RJ, 01 jul. 1850. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leimp/1824-1899/lei-556-25-junho-1850-501245-norma-atualizada-pl.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2024.

BRASIL. Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 nov. 1964. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm>. Acesso em: 14 abr. 2024.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial**

da União, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 7 mai. 2024.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 fev. 2005. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 28 abr. 2024.

BRASIL. Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020. Altera as Leis nºs 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 dez. 2020. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14112.htm>. Acesso em: 29 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.905.573/MT**, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 22/6/2022, DJe de 3/8/2022. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271905573%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271905573%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271905573%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271905573%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 06 mai. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.991.103/MT**, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 11/4/2023, DJe de 13/4/2023. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271991103%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271991103%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271991103%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271991103%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 4 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema Repetitivo nº 1.145**. Brasília, DF. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1145&cod_tema_final=1145>. Acesso em 28 abr. 2024.

CASTILHO JÚNIOR, Wilton de Souza. **Crédito Rural: Mecanismos Administrativos e Judiciais por parte do Produtor**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF, 2024. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigo/57123/crdito-rural-mecanismos-aministrativos-e-judiciais-por-parte-do-produtor>>. Acesso em: 05 set. 2024.

CAVALLI, Cássio. **A Legitimação para a Recuperação Judicial e a Falência**. 2ª Ed. São Paulo: Agenda Recuperacional Editora, 2023. 125 p.

CHAVES, Antônio. **Caso fortuito ou de força maior**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 61, n. 2, p. 56–66, 1965. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66485>>. Acesso em: 03 set. 2024.

DAVIS, John H.; GOLDBERG, Ray A. **A Concept of Agribusiness**. Boston: *Harvard University Graduate School of Business Administration*, 1957.

DINIZ, Gustavo S. **Curso de Direito Comercial**. 2ª Ed. São Paulo: Grupo GEN, 2022. 928 p. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559773022/>>. Acesso em: 26 mar. 2024.

EXPERIAN, Serasa. Produtores Rurais que atuam como pessoa física acumulam 127 pedidos de recuperação judicial em 2023, revela Serasa Experian. [S.l.], 2024. **Relatório técnico anual 2023**. Disponível em: <<https://www.serasaexperian.com.br/sala-de-imprensa/agronegocios/produtores-rurais-que-atuam-como-pessoa-fisica-acumulam-127-pedidos-de-recuperacao-judicial-em-2023-revela-serasa-experian/>>. Acesso em: 29 abr. 2024.

FÉRES, Marcelo Andrade. Empresa e Empresário: Do Código Civil Italiano ao Novo Código Civil Brasileiro. In: RODRIGUES, Frederico Viana (Coord.). **Direito De Empresa No Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

FILARDI, Rosemeire Adalardo; POIANA, Jhonatan Luís M. Lei N° 14.112/2020: Legitimidade do Produtor Rural para o Pedido de Recuperação Judicial e o Tratamento dos Créditos Específicos de sua Atividade. In: LASPRO, Oreste; GIANANTE, Gilberto. (Org.). **Recuperação Judicial e Falência: Atualizações da Lei N° 14.112/2020 à Lei 11.101/2005**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2021.

HEMÉTRIO, Jaciara Guimarães Rosa. **Evolução Histórica Do Direito Comercial. Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas**. n.1, 2017. Disponível em: <<http://fadipa.educacao.ws/ojs-2.3.3-3/index.php/cjuridicas/article/viewFile/197/pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2024.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Direito dos Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

JR., Waldo F. **Manual de Direito Comercial**. 2ª Ed. São Paulo: Grupo GEN, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024890/>>. Acesso em: 07 abr. 2024.

MENDES, Judas Tadeu Grassi; JUNIOR, João Batista Padilha. **Economia do**

Agronegócio: A Força do Brasil. Pinhais: Grupo JML, 2022. p. 322.

NETO, Alfredo de Assis Gonçalves. **Direito De Empresa.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 800.

OCTAVIANI, Tiago. **A teoria da imprevisão nos contratos futuros do agronegócio brasileiro.** 2023. 165 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito) - Universidade Nove de Julho, São Paulo. Disponível em: <<http://bibliotecatede.uninov.br/handle/tede/3439>>. Acesso em: 3 set. 2024

PASSOS, Wégela Tatiara Maia. Produtor Rural: Um Estudo Comparativo Pessoa Física e Pessoa Jurídica Agroindustrial. **Revista Científica Semana Acadêmica.** Fortaleza, 10/07/2013. Disponível em: <<https://semanaacademica.org.br/artigo/produ-tor-rural-um-estudo-comparativo-pessoa-fisica-e-pessoa-juridica-agroindustrial>>. Acessado em: 05 mai. 2024.

QUEIROZ, Diwey Starnly Ferreira. **Adesão facultativa do produtor rural ao regime jurídico empresarial: deferência (ainda) necessária ou favorecimento indevido?** 2021. 92 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. Disponível em: <<https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/3389>>. Acesso em: 4 set. 2024.

ROGOWSKI, João Francisco. **Recuperação Financeira do Produtor Rural: Manual Prático para Reerguer o Agronegócio com Sucesso.** 1ª Ed. Porto Alegre: Aurium Editora, 2023.

SCHMITZ, Arno Paulo e BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. **O Estatuto da Terra no confronto do pensamento econômico: Roberto Campos versus Celso Furtado.** SciELO. 2014. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0104-06182014000300002>>. Acesso em: 07 abr. 2024.

SICREDI. **A Produção Rural e a Importância do Agronegócio para o Brasil.** Blog do Sicredi, 2023. Disponível em: <<https://www.sicredi.com.br/site/blog/agronegocio/importancia-agronegocio-brasil/>>. Acesso em: 05 mai. 2024.

SOGARI, João Filipe Barreto. **Estudo sobre a Recuperação Judicial do Produtor Rural Pessoa Natural.** 2021. 37 p. Monografia (bacharelado em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2021. Disponível em: <<https://dspace.mackenzie.br/items/43f9d6a9-c316-4b0c-9fdd-9f144ff5635f>>. Acesso em: 07 abr. 2024.

TENÓRIO, Oscar. **Napoleão e o Código Civil**. In: *Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*, Rio de Janeiro, nº 10, p.67-76, jan./abr.1970. Disponível em: <<https://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-10-fase-1/artigo-das-pags-67-76>>. Acesso em: 01 out. 2024.

TZIRULNIK, Luiz. **Empresas e Empresários no Novo Código Civil**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

VENOSA, Sílvio de S.; RODRIGUES, Cláudia. **Direito Empresarial**. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559776139/>>. Acesso em: 29 abr. 2024.

**AS (IM)POSSIBILIDADES DE PERDA DO BEM DE FAMÍLIA NO
DIREITO PENAL**

*THE (IM)POSSIBILITIES OF LOSS OF FAMILY ASSETS IN CRIMINAL
LAW*

Jacqueline Dal Comune Klippel¹

Marion Bach²

Paola Emanuelle Rodrigues³

RESUMO

O direito penal consagrou, como um de seus preceitos basilares, o princípio de que a pena não passará do indivíduo. Todavia, este princípio também é aplicável a efeitos secundários da condenação criminal? Se sim, qual a sua implicação no direito civil, especialmente na proteção ao bem de família, significativamente tutelado pela legislação pátria? Frente a tais questionamentos, o presente artigo dedica-se em aprofundar o estudo, o conhecimento e, principalmente, a compreensão destes, de modo a revelar sua importância e auxiliar na aplicabilidade do direito contemporâneo. Assim, busca-se por meio da pesquisa contribuir com a efetiva proteção dos direitos e garantias, tanto do condenado, quanto daqueles que não tiveram relação com o fato delituoso.

Palavras-chave: Bem de família. Direito Penal. Efeitos Secundários da Condenação. Princípio da Intranscendência da Pena.

¹ Contato: j.dalcomune@gmail.com.

² Advogada Criminalista. Doutora em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS) (2021). Bolsista Capes. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) (2012). Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pelo UNICURITIBA (2009). Graduada em Direito pelo UNICURITIBA (2007). Contato: marion.bach@fae.edu.

³ Contato: paola.emanuelle@yahoo.com.br

ABSTRACT

Criminal law has enshrined, as one of its basic precepts, the principle that the penalty will not exceed the individual. However, is this principle also applicable to the secondary effects of a criminal conviction? If so, what is its implication in civil law, especially in the protection of family assets, which are significantly protected by national legislation? Faced with such questions, this article is dedicated to deepening the study, knowledge and, mainly, understanding of these, in order to reveal their importance and assist in the applicability of contemporary law. Thus, through research, we hope to contribute to the effective protection of the rights and guarantees, both of the convicted person and of those who were not related to the criminal act.

Keywords: Criminal Law. Family Asset. Principle of Non-Transcendence of Penalty. Secondary Effects of Conviction.

1 INTRODUÇÃO

“Antes arriscar-se salvar um culpado do que condenar um inocente”⁴. Com tais palavras, em pleno século XVIII, o filósofo francês Voltaire definiu a preocupação de que em nome da lei sejam cometidas injustiças, muitas vezes irreparáveis. A presente reflexão atravessa gerações e aplica-se ao direito penal hodierno, que deve ponderar entre a justa retribuição às vítimas e à sociedade e a proporcionalidade e adequação de tais medidas.

Tal é extremamente discutido no meio acadêmico em relação às penas, sobretudo àquelas privativas de liberdade; todavia, existem efeitos da condenação que podem ser tão ou mais gravosos do que a pena em si, especialmente para terceiros que, em determinados cenários, são igualmente indiretamente atingidos. Um destes efeitos é o objeto do presente estudo: a perda do bem de família como efeito da condenação, seja como perdimento, seja como penhora.

⁴ VOLTAIRE, 1942, p. 09.

Ora, sabe-se que o bem de família é um instituto protegido pela Constituição Federal e por diversos dispositivos legais, sendo dotado de impenhorabilidade, tamanha a sua importância. Entretanto, sua preservação é flexibilizada no direito penal, dentre outras situações, como efeito da condenação. Deste modo, surge a seguinte pergunta: como o bem de família, fruto ou objeto do crime, ou, ainda, sem qualquer relação com a atividade ilícita, será tratado pelo direito penal em casos de penhora, perdimento, restituição ou indenização?

Por outro lado, sob a perspectiva da vítima, eventual retorno da proteção do bem de família no aspecto criminal poderia acarretar nestas e na sociedade em geral um sentimento de impunidade, de injustiça? Não haveria, no caso em tela, uma “destutela”, do bem jurídico?

Para responder aos questionamentos supra, faz-se necessário analisar o problema sob a perspectiva criminal e civil, utilizando como metodologia a pesquisa doutrinária, colaborando assim para o conhecimento jurídico acadêmico e para uma melhor aplicação do direito em casos reais.

2 O BEM DE FAMÍLIA

2.1 CONCEITO

O bem de família, conceito amplamente difundido, nada mais é do que um imóvel pertencente a uma unidade familiar, sendo este o único bem utilizado para sua moradia permanente. Tal sentido se estende ao terreno, à construção sobre o terreno, às plantações, às benfeitorias de qualquer tipo, ao mobiliário que guarnece a casa e aos equipamentos nela presentes, inclusive os de uso profissional. Aplica-se, no que couber, a imóveis alugados ou cedidos.

Sua definição surge pela primeira vez de forma expressa em um ordenamento jurídico durante o século XIX, no estado do Texas (EUA), sendo chamado de *homestead*. A lei *homestead exception act*, então, estabeleceu que as pequenas propriedades rurais de famílias fixadas no Texas ficassem isentas de penhora, desde que o valor de seus imóveis não ultrapassasse dois mil dólares e que suas metragens não superassem duzentos acres de terra, ou 809.371 metros quadrados.

No Brasil, o conceito foi trazido pelo Código Civil de 1916, previsto nos artigos 70 a 73, no livro II, cujo nome se intitulava “dos bens”.⁵

Posteriormente, a Constituição Federal de 1988 dispôs, em seu artigo 5º, XXVI, a previsão e a proteção ao bem de família rural:

Art. 5º. XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento.

Ainda, a Constituição Federal, em seu artigo 6º, discorreu acerca dos direitos sociais e, dentre eles, o direito à moradia:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, **a moradia**, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (grifo próprio)

⁵ DUTRA. ANDRADE. 2017.

Tais direitos possibilitaram que a proteção ao bem de família fosse ainda mais abrangente, fazendo com que ela deixasse de ser limitada ao bem de família rural. Conforme preconiza o artigo 1.712 do Código Civil de 2002:

Art. 1.712. O bem de família consistirá em prédio residencial urbano ou rural, com suas pertencas e acessórios, destinando-se em ambos os casos a domicílio familiar, e poderá abranger valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família.

Nesse sentido, nas palavras de Tartuce (2022, p. 774), o bem de família pode ser compreendido como “o imóvel utilizado como residência da entidade familiar, decorrente de casamento, união estável, entidade monoparental ou outra manifestação familiar, protegido por previsão legal específica”⁶.

Assim, afere-se que a atual proteção voltada ao bem de família adveio, principalmente, do direito social à moradia, que foi reforçado com a publicação do Código Civil de 2002, mais especificamente por meio da redação de seu artigo 1.712.

A lei, portanto, foi responsável por ampliar gradativamente o conceito de bem de família, de modo a abranger muito mais do que pequenas propriedades rurais, atingindo também imóveis urbanos, construções, plantações, benfeitorias, equipamentos e bens móveis acessórios.

2.2 A PENHORA

⁶ TARTUCE, 2022. No mesmo sentido: DINIZ, 2023 e VENOSA, 2023.

Como visto, o bem de família é dotado de impenhorabilidade, dada sua importância para a formação, identificação e manutenção de um núcleo familiar, ainda que composto por um único indivíduo. Tal significa que o imóvel não responderá por dívidas constituídas por um dos integrantes da família, sejam as dívidas de natureza civil, comercial, fiscal, trabalhista ou previdenciária.

A impenhorabilidade do bem de família é disciplinada pela Lei nº 8.009/1990. Nos termos do parágrafo único do artigo primeiro da lei supra, são impenhoráveis, também, “o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados”.

Entretanto, a própria legislação prevê expressamente a inoponibilidade da impenhorabilidade do bem de família em situações específicas (art. 3º da Lei nº 8.009/1990). Dentre o rol, taxativo⁷, destaca-se:

Art. 3º. A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:
VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para a execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

Tais modalidades, estudadas adiante, clarificam a imperiosa necessidade de utilização do bem de família para satisfazer a sociedade e a vítima após o cometimento de um crime, pois o mesmo não pode ser feito de outra forma já que, na maioria das vezes, inexistem outros bens conhecidos de titularidade do indivíduo pertencente à determinada unidade familiar.

⁷ TARTUCE, 2020.

3 OS EFEITOS DA CONDENAÇÃO CRIMINAL E SUA RELAÇÃO COM O BEM DE FAMÍLIA

Dado o exposto, há que se perguntar qual é a relação do bem de família, um instituto do direito civil, com o direito penal e, de que forma, este se relaciona com determinações judiciais aplicadas ao apenado. Para compreender tal situação, é preciso antes entender a sanção penal e seus efeitos.

A sanção penal decorre do poder-dever de punir, que é privativo do Estado. Conforme analisa Miguel Reale Júnior⁸:

O Estado soberano caracteriza-se pela imposição de suas decisões em prol do interesse geral, e esse poder de decidir afirma-se e consolida-se no dizer e aplicar o Direito, mesmo porque o Estado (Moderno) existe na medida em que dita o Direito e se põe como pessoa jurídica. O Estado, de conseguinte, assegura a positividade do seu Direito e dá validade aos ordenamentos internos, decidindo soberanamente sobre a ordem jurídica vigente.

⁸ REALE, 2020, p. 9.

Assim, afere-se que a punição decorre do descumprimento de uma norma, a qual precisa ser assegurada, a fim de garantir a soberania do Estado moderno. A doutrina penal⁹ prevê diversas finalidades da sanção, tais como a retribuição ao mal causado (aspecto retribucionista, trazido por Kant, Rossi e Bettiol), a prevenção da reincidência (aspecto de prevenção, como previsto por Beccaria, Maggiore e Rodriguez Devesa), a reconstrução da ordem jurídica (reafirmação do ordenamento, pensada por Hegel e Jakobs) e a ressocialização do indivíduo apenado (nova defesa social, teorizada por Michel Foucault e Marc Ancel). Tais finalidades, em tese, são atingidas com os efeitos principais e secundários da condenação.

Ora, a condenação criminal produz assim efeitos principais, quais sejam, a pena em si, e efeitos secundários, que podem ter natureza penal ou extrapenal.

3.1. EFEITO PRINCIPAL DA CONDENAÇÃO: A PENA

Embora não possua relação direta com o bem de família, que será diretamente atingido por efeitos secundários da condenação, faz-se mister compreender a pena, com as características e peculiaridades que lhe envolvem, especialmente sob o aspecto da personalidade, para que se possa avançar no presente estudo.

⁹ REALE, 2020, p. 30.

A partir da ideia de que a história do direito penal é a história de abolições contínuas (oriunda de pensamentos abolicionistas, como preconizados por Thomas Mathiesen e outros¹⁰), Miguel Reale Júnior afirma que “(...) a história do direito penal é a história de um largo processo de humanização da repressão.”¹¹ Desse modo, como já positivado na Constituição Federal do Brasil e no ordenamento jurídico de diversos países, afere-se que penas cruéis, penas de morte por meios dolorosos e outras perdem espaço ante a simples penas privativas de liberdade, penas restritivas de direitos e penas pecuniárias (multas).

Para aplicação da pena, o magistrado julgador deve observar diversos princípios consagrados no direito criminal, dentre os quais destaca-se o princípio da pessoalidade ou intranscendência da pena, previsto expressamente na Constituição Federal, artigo 5º, XLV, no artigo 34 do Código Penal, e nos artigos 5º, 8º, 41, XII e 92, § único, da Lei de Execução Penal.

A palavra individualidade, que remete ao princípio da intranscendência da pena, é sinônimo de identidade, especificidade, singularidade, particularidade, entre outros. Individualizar, portanto, é entender que cada caso concreto versa sobre uma situação única e que, assim sendo, deve ser tratada como tal.

Especificamente sobre a individualização da pena, destaca o dicionário jurídico, elaborado pela autora Maria Helena Diniz¹²:

INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. Direito penal e direito processual penal. Aplicação da pena em função da personalidade do agente, de seus antecedentes, da intensidade do dolo ou do grau da culpa etc.

¹⁰ Os principais autores abolicionistas, além de Mathiesen, são Louk Husman, Nils Christie e Sebastian Scheerer.

¹¹ REALE, 2020, p. 244.

¹² DINIZ, 2022, p. 292.

Assim, é certo dizer que ao princípio da intranscendência da pena atribui-se uma função essencial da aplicabilidade do direito penal que, como *ultima ratio*, serve para particularizar aquilo que, até então, era genérico. Conforme aponta Vieira¹³:

(...) A individualização da pena tem o significado de **eleger a justa e adequada sanção penal**, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, **tornando o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus**. (grifo próprio).

A Reforma Penal de 1984, conforme aponta Reale¹⁴ (2020, p. 303), “tornou mais amplo o poder discricionário do juiz, acentuando, a cada passo, a tarefa de individualização da sanção penal, repetindo, em diversos momentos, os critérios de que deve lançar mão o magistrado na escolha da justa medida”.

Assim, como forma de garantir a efetividade do princípio da individualização, os sistemas jurídicos contam com diretrizes legais, como por exemplo critérios de fixação de pena, estabelecidos em códigos e leis penais. Além disso, tais critérios conferem aos magistrados certa margem de apreciação para que possam, assim, avaliar cada caso individualmente e determinar a sanção mais adequada, desde que dentro dos limites legais estabelecidos.

¹³ VIEIRA, 2020, p. 4.

¹⁴ REALE, 2020, p. 303.

No direito penal brasileiro, tais diretrizes são demonstradas principalmente (mas não somente) nos critérios de fixação e dosimetria da pena, quais sejam: circunstâncias do crime; circunstâncias pessoais do acusado; reincidência; colaboração do acusado com a justiça; e circunstâncias atenuantes e agravantes. Vê-se que tais critérios estão intimamente relacionados ao princípio da individualização da pena, vez que permite aos magistrados gozar da discricionariedade necessária para avaliar cada caso de forma particularizada e, assim, garantir que a punição imposta seja justa e proporcional às circunstâncias do crime praticado por aquele sujeito, especificamente.

Em suma, é adequado dizer que as sanções penais, como um todo, permitem ao aplicador do direito ajustar a pena do condenado (e somente do condenado) - desde que dentro do escopo legal predefinido -, amoldando-a conforme aquele indivíduo e o delito por ele praticado, de modo a aplicá-lo uma pena justa e proporcional.

3.2. EFEITOS SECUNDÁRIOS DA CONDENAÇÃO

Efeitos secundários da condenação penal são aqueles que não integram a pena em si, mas produzem efeitos extrapenais. Sobre tais efeitos, versa Luiz Régis Prado¹⁵:

¹⁵ PRADO, 2008, p. 610.

Os efeitos da condenação são todos aqueles que, de modo direto ou indireto, atingem a vida do condenado por sentença penal irrecorrível. [...] A imposição de sentença penal (pena privativa de liberdade, pena restritiva de direitos e/ou multa) ou de medida de segurança é, sem dúvida, o principal efeito da condenação. Entretanto, o fato de estar o réu compelido à execução da pena aplicada pela sentença condenatória não afasta a existência de outros efeitos secundários, reflexos, ou acessórios, de natureza penal e extrapenal, que em alguns casos necessariamente a acompanham.

Quanto ao entendimento da natureza extrapenal dos efeitos secundários da condenação, sustenta Reale¹⁶:

Embora se afirme esta natureza extrapenal dos efeitos da condenação, tal assertiva apenas pode ser compreendida com algumas observações. Pode-se até mesmo concordar que tais efeitos não são pena em sentido estrito, haja vista não se inserirem entre as sanções privativas de liberdade, restritivas de direitos (substitutivas) e de multa. Ocorre que são inegavelmente efeitos derivados da condenação pelo delito, ou seja, somente são impostos em razão do reconhecimento judicial da prática específica de um determinado crime. Com isso, os efeitos da condenação realmente pertencem ao grupo das consequências jurídicas do delito e, como tais, devem observar todos os caracteres do sistema criminal, a exemplo de princípios como a legalidade e a anterioridade.

No ordenamento jurídico brasileiro, os efeitos secundários da condenação criminal estão previstos nos artigos 91 e 92 do Código Penal, sendo que aqueles trazidos pelo artigo 91 decorrem automaticamente da sentença transitada em julgado, enquanto aqueles contidos no artigo 92 devem ser expressos pelo juízo.

¹⁶ REALE, 2023, p. 152.

São os efeitos do artigo 91, portanto, genéricos, automáticos e imediatos, ao passo que os efeitos do artigo 92 são específicos, podendo ser considerados uma sanção não penal. Como aponta Nucci, os efeitos trazidos pelo artigo 92 são aqueles outrora conhecidos como “penas acessórias”¹⁷, sendo que, para Estefam, são conhecidos como “efeitos extrapenais”¹⁸.

Para a análise do bem de família e do direito penal, são relevantes, em especial, os efeitos trazidos pelo artigo 91 do Código Penal, que preveem a perda de bens em algumas situações. Veja-se:

Art. 91. São efeitos da condenação:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Observa-se que são sanções de natureza cível inseridas em um contexto criminal.

¹⁷ NUCCI, 2024, p. 515.

¹⁸ ESTEFAM, 2022, p. 186.

Cumpra esclarecer que essa perda é diversa do perdimento previsto no artigo 5º, XLVI, b, da Constituição Federal, que estabelece a perda de bens como pena restritiva de direitos aplicada substitutivamente à pena privativa de liberdade. O perdimento aqui estudado prevê a perda do produto ou valor do crime ou, ainda, dos instrumentos do crime. Tal distinção faz-se mister pois, o perdimento de produto ou instrumento do crime é possível, ainda que não previsto em sentença e em casos de falecimento do acusado; não obstante, o perdimento como pena não poderá exceder a pessoa do apenado, não se transmitindo aos seus sucessores, o que não ocorre no perdimento consequente da condenação criminal.

Faz-se mister também elucidar que o artigo 91, quando traz a perda de instrumentos e produtos da infração penal, estudados a seguir, estabelece expressamente que tal modalidade aplica-se ao crime, não à contravenção penal. Tal vai de encontro ao que enuncia Bittencourt¹⁹:

(...) Confisco, enfim, como efeito da condenação penal, é a perda ou privação de bens do particular em favor do Estado. Declarada procedente a ação penal, surge a perda em favor da União dos *instrumenta et producta sceleris*, como efeito automático da condenação, que se aplica também aos crimes culposos, pois nosso Código não faz qualquer restrição nesse sentido. Sua aplicação restringe-se às infrações que constituam crimes, **sendo inadmissível interpretação extensiva para abranger as contravenções penais**. (grifo nosso).

Em contrapartida, sustenta Nucci²⁰ que, de acordo com a jurisprudência majoritária, o disposto também é cabível às contravenções penais.

3.2.1. A perda de bens instrumentos do crime: artigo 91, II, a, do Código Penal

¹⁹ BITTENCOURT, 2024, p. 444.

²⁰ NUCCI, 2024, p. 518.

Para entender tal modalidade de perdimento, é necessário conceituar o que seria o instrumento do crime. Conforme explica André Guilherme Tavares de Freitas²¹:

Oportuno destacar que como instrumento do crime devem ser entendidas todas as espécies de objetos que sejam empregadas por agentes delituosos para a prática do delito, configure ou não o porte destes objetos fato ilícito (...).

Suponha-se um crime de ameaça em situação de violência doméstica, por exemplo, no qual o agente, de livre vontade e ciente da ilicitude de sua conduta, aponta uma arma para sua esposa, vítima, a qual deseja romper o relacionamento. A arma em questão poderá ser perdida em favor do Estado após a sentença condenatória transitada em julgado e, se apreendida anteriormente a isso, ficará sob custódia do poder público. Sobre isso, ressalta-se a parte final do artigo 91, II, a, que determina que serão apreendidos bens “(...) que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito”.

Outro exemplo é o perdimento na modalidade confisco de imóvel no qual existe plantação de droga ilícita para fins de tráfico, que encontra subsídio no artigo 91, II, a, do Código Penal, mas que é trazido expressamente pela Constituição Federal, em seu artigo 243, e regulamentado pelo artigo 63, I, da Lei nº 13.343/2006 (Lei de Drogas). Tal confisco não está sujeito ao determinado na parte final do artigo 91, II, a, sendo que, no caso em tela, um bem lícito (imóvel), será perdido em favor da União.

Nesse sentido, é imprescindível trazer o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), conforme o Tema 647²²:

²¹ FREITAS, 2004, p. 25.

²² Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJ 23.08.2017.

É possível o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas, sem a necessidade de se perquirir a habitualidade, reiteração do uso do bem para tal finalidade, a sua modificação para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga ou qualquer outro requisito além daqueles previstos expressamente no art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal.

Nucci aduz que a modalidade de perdimento trazida pelo artigo 91, II, a, do Código Penal, advém do confisco usado na idade antiga. Para o jurista, em outros tempos, o efeito “(...) terminava atingindo inocentes, como a família do réu, que perdia bens lícitamente adquiridos por força de uma condenação que não deveria passar da pessoa do criminoso”²³. É exatamente a problemática apresentada neste estudo. Contudo, leciona que o mesmo não ocorre hodiernamente, por força do artigo 5º, XLV, da Constituição Federal.

Portanto, ao contrário do que traz o autor, vê-se que o artigo 5º, XLV, não é suficiente para proteger terceiros contra o confisco, pois a medida preconizada pelo artigo 91, II, a, não é uma pena em si, mas um efeito secundário da condenação, como já trabalhado, e, portanto, não é atingida diretamente pelo princípio da intranscendência da pena, sendo necessária uma construção hermenêutica para que o julgador entenda que outros integrantes da família não podem ser lesados pela conduta praticada pelo criminoso. Não obstante, conforme o próprio ditame constitucional, a obrigação de reparar o dano e a decretação de perdimento de bens estendem-se inclusive aos sucessores, no limite do patrimônio transferido.

²³ NUCCI, 2024, p. 517.

De forma mais clara: imagine-se um indivíduo que possua um bem de família de origem lícita, onde reside com o único filho, um adolescente de 14 (quatorze) anos. Este indivíduo utiliza o imóvel para o armazenamento de drogas. Após a sentença, um efeito automático da condenação é a perda de tal patrimônio. Ora, seu filho, ainda menor de 18 (dezoito) anos, perderá sua residência, pois esta é propriedade de seu genitor e instrumento do delito. O filho não terá seu patrimônio lesado, pois a propriedade do imóvel não é sua, mas sem dúvida arcará com um prejuízo sem tamanho e talvez irreparável. Percebe-se, assim, que o comentário de Nucci (2024) não vislumbrou todas as possibilidades em que inocentes possam ser atingidos, mesmo no direito penal contemporâneo.

3.2.2. A PERDA DE BENS PRODUTOS E PROVEITO DO CRIME: ARTIGO 91, II, B DO CÓDIGO PENAL.

Os bens entendidos como produtos e proveito do crime, ao contrário, não foram utilizados para a consumação do delito e, muitas vezes, sequer tiveram relação com o mesmo. Todavia, seu perdimento é fundamental para que o agente não incorra em enriquecimento ilícito e, indiretamente, a sociedade conclua que a prática criminosa seja proveitosa. Assim, conclui-se que são bens lícitos, ao contrário daqueles trazidos pela alínea anterior.

Cumpra aqui diferenciar os produtos do crime, ou seja, aqueles bens obtidos diretamente do delito, do proveito do crime, que é a conversão do produto do crime em outros bens e valores.

Exemplo disso é uma propriedade adquirida de modo lícito por um traficante de drogas, cuja renda deriva da organização criminosa à qual é associado. Percebe-se, em tal situação, que pode ser perdido não apenas o produto (um aparelho celular fruto de um crime de roubo, cujo proprietário incide em um delito de receptação, por exemplo), mas também o proveito, conquistado pelo condenado através da prática do ilícito penal.

A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu:

IV – Vedada ainda a restituição de todo bem e valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso, considerando-se compreendidos o produto direto e o produto indireto da infração penal, conforme o art. 119 do CPP, visto que, com eventual condenação transitada em julgado, os produtos e proveitos do crime serão automaticamente declarados perdidos em favor da União, na forma do art. 91, inciso II, alínea ‘b’, do Código Penal. V – A perda em favor da União do produto ou do proveito do crime ou, quando estes não forem encontrados ou se situarem no exterior, de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime é efeito automático da condenação, conforme o art. 91, §§ 1.º e 2.º, do Código Penal, prescindindo, por conseguinte, de requerimento expresse²⁴.

Para garantir tal modalidade, o artigo 91, § 1º e 2º, do Código Penal, em consonância com os artigos 125 a 144 do Código de Processo Penal, estabelece medidas assecuratórias. Para Miguel Reale Júnior²⁵, tais medidas visam atingir organizações criminosas estruturadas.

²⁴ AgRg na ReCoAp 145-DF, Corte Especial, rel. Felix Fischer, 11.05.2021, v.u.

²⁵ REALE, 2023, p. 153.

Interessa também analisar o artigo 91-A, introduzido no Código Penal pelo chamado “Pacote Anticrime” (Lei nº 13.964/2019). Aqui, o legislador previu que, caso o patrimônio do acusado seja superior ao condizente com seu rendimento lícito, poderá ser decretada a perda da diferença do valor, quando seu proprietário for condenado pela prática de crimes cujas penas máximas sejam superiores a 06 (seis) anos de reclusão. Ou seja: há aqui uma inversão, cabendo ao réu comprovar a origem lícita do bem, estabelecendo uma presunção de ilicitude, em clara contradição com o princípio *in dubio pro reo*.

O artigo 91-A traz ainda, em seu §1º, a definição do que seriam os bens que compõem o patrimônio do réu, trazendo, em seu inciso II, a possibilidade de atingir diretamente a propriedade de terceiros. Veja-se:

Art. 91-A. §1º. II - transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.

Por certo, o inciso supra foi inserido para evitar o uso dos chamados “laranjas”, isto é, pessoas que registram em seu nome um bem cuja propriedade real cabe a outrem, a fim de que este possa ocultar seu patrimônio. Todavia, conforme o tema estudado, a situação poderá incidir diretamente no patrimônio de um filho, que teve sua antecipação da legítima, de um cônjuge ou de qualquer familiar.

3.2.3 A PERDA DE BENS COMO REPARAÇÃO DO DANO: ARTIGO 91, I, DO CÓDIGO PENAL

Tal modalidade também é forma de perda de bens após a sentença criminal condenatória transitada em julgado. Ocorre como modo de reparação do delito e/ou indenização à vítima. Tal é possível porque a decisão, ainda que proferida pelo juízo criminal, é título executivo judicial. Percebe-se aqui que a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (reparação *ex delicto*) está relacionada ao artigo 186 do Código Civil:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Exemplos desta última modalidade seriam a indenização após uma condenação por um crime contra a honra, a reparação de um dano estético após o cometimento de uma lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, etc. Sobre isso, ensina Reale²⁶:

O crime, enquanto injusto que é, cuida-se não apenas de um ilícito penal, mas a geração de prejuízo a terceiros insere-o igualmente no âmbito de ilícitos privados. Assim, esta disposição normativa se apresenta como um elemento de enlace e economia dos segmentos diversos do ordenamento jurídico, já fazendo nascer a obrigação de ressarcimento patrimonial diretamente do reconhecimento da prática criminosa.

²⁶ REALE JR., 2023. p. 152.

Embora seja um efeito automático da condenação, a reparação de danos deverá ser requerida pelo titular da ação penal (Ministério Público ou querelante) no momento da denúncia/queixa, trazendo o valor correspondente. Para regular tal determinação, o artigo 387, IV, do Código de Processo Penal diz:

Art. 387. O juiz, ao proferir a sentença condenatória:

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Dessa forma, percebe-se que a sentença criminal, título executivo judicial, poderá ser executada, mas conterà somente um valor mínimo, o qual poderá ser majorado pelo juízo cível, nos termos do artigo 63 do Código de Processo Penal:

Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

Edilson Mougenot Bonfim²⁷ explica que existem alguns sistemas para reparação do dano oriundo de um ilícito penal, quais sejam: sistema de livre escolha, no qual a vítima decide se irá requerer a reparação do dano na esfera cível ou na esfera penal; sistema da confusão, quando uma só ação cumula ambos os pleitos (condenação e reparação do dano), possuindo ao mesmo tempo natureza penal e cível; sistema da solidariedade, em que existem duas ações, uma de natureza penal e outra de natureza cível, mas que são julgadas em conjunto; e o sistema da independência/separação, em que os juízos penal e cível são distintos e, em regra, não se comunicam. O sistema adotado no Brasil é o sistema da separação, todavia, ante tal disposto, há direta interferência do juízo penal no juízo cível.

3.3. O DIREITO PENAL E O BEM DE FAMÍLIA

Dado todo o exposto, depara-se enfim com o questionamento de como se dá a perda do bem de família, quer por penhora (artigo 91, I, do Código Penal), quer por perdimento (artigo 91, II, do Código Penal), no direito penal. Para isso, é necessário tecer alguns conceitos iniciais. Nesse sentido, o que caracteriza tais institutos?

Como já estudado, o perdimento pode ser entendido como um efeito da condenação, conforme enuncia o artigo 91, II, do Código Penal, e dá-se como um efeito prático da função retributiva da pena, que prevê a realização de justiça para o apenado e para a sociedade geral, a qual deverá sentir-se satisfeita com o resultado da sentença. É possível que o perdimento do bem atinja outros indivíduos além do condenado, como seus cônjuges, filhos, genitores etc.

²⁷ BONFIM, 2017, p. 214.

Os limites impostos pelo ordenamento jurídico em relação ao perdimento e terceiro de boa-fé têm por pressuposto o princípio da intranscendência da pena, embora não integrem a pena em si; ou seja, a sanção e os decorrentes efeitos secundários da condenação devem punir apenas aquele que cometeu o fato criminoso, não se estendendo, portanto, àqueles não envolvidos no cometimento do crime. Sobre este princípio, enuncia a Constituição Federal, em seu artigo 5º:

Art. 5º (...) XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Ainda sobre o tema, nas palavras de Barcellos²⁸:

A Constituição assegura, em primeiro lugar, o princípio da pessoalidade da pena, previsto no art. 5º, XLV, segundo o qual nenhuma pena passará da pessoa do condenado. **Em linhas gerais, o princípio significa que ninguém pode ser apenado por ato de terceiro, para o qual não teve qualquer participação direta ou indireta. Para que haja punição, é necessário haver o nexo de causalidade entre a atuação do agente e o resultado ilícito gerado.** A exceção é a pena pecuniária que poderá ser cobrada dos sucessores do condenado na medida dos bens que dele receberam. A ideia, portanto, é a de que **a pena está vinculada ao culpado pelo ilícito, não podendo ser imputada a outra pessoa.** (grifo nosso)

Para Nucci²⁹:

²⁸ BARCELLOS, 2023, p. 229.

²⁹ NUCCI, 2023, p. 110.

A medida exata e justa da punição somente pode concentrar-se na pessoa do autor do ilícito, sem se expandir para outros indivíduos, por mais próximos que sejam ou estejam do criminoso. A pessoalidade do abono ao direito individual é contraposta à justeza da punição do infrator. Por isso, “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido” (art. 5.º, XLV, CF). (grifo nosso)

Não obstante, no entendimento de Estefam³⁰:

A ação penal só pode ser proposta contra os supostos sujeitos ativos da infração penal, e nunca contra seus sucessores. Trata-se de consequência do princípio da personalidade da pena (CF, art. 5º, XLV): se a pena não pode passar da pessoa do condenado, não respondem criminalmente os herdeiros do agente.

Assim, tendo em vista que a aplicação de sanções é regida pela aplicabilidade do referido dispositivo constitucional - pessoalidade da pena - seria adequado dizer, então, que uma pessoa não pode ser penalizada pela conduta de outrem. Tal deve ser aplicado também aos efeitos secundários da condenação criminal, pois, embora não exista previsão expressa constitucional, o entendimento está implícito e decorre de análise hermenêutica, pois, como disse o Ministro Eros Grau no julgamento da ADPF nº 144, “(...) não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços, mas sim em sua totalidade. Uma porção dela não prevalece sobre outra quando a interpretamos. A lógica da Constituição é incindível”³¹.

³⁰ ESTEFAM, 2022, p. 684.

³¹ STF, 2008, p. 220-221.

Todavia, se interpretada na literalidade que lhe é dada, tal norma impossibilitaria a penhora do bem de família, vez que naquele imóvel, por muitas vezes, reside não apenas a pessoa do condenado, mas toda a sua família (crianças, adolescentes, idosos, etc.), de modo que se autorizada/determinada a perda ou penhora, outras pessoas - que não o condenado em si - viriam a sofrer os efeitos da condenação.

Entretanto, ao analisar o artigo 3º da Lei nº 8.009/1990, é possível que o bem de família seja penhorado como efeito da sentença. Veja-se como se dá a situação em casos reais:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EFEITOS CÍVEIS DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. **BEM DE FAMÍLIA**. IMPENHORABILIDADE. LEI Nº 8.000/90. - Os efeitos extrapenais genéricos da sentença penal condenatória previstos no artigo 91 do Código Penal são automáticos. Desnecessária, assim, a expressa declaração, na sentença penal, da obrigação de ressarcir os valores alcançados em razão da conduta criminosa, até porque constitui referido ato título executivo judicial (art. 515, VI, do CPC - art. 475-N, II, do CPC 73). - **O bem de família pode ser objeto de penhora para garantir execução de sentença penal condenatória, nos termos do artigo 3º, inciso VI, da Lei nº 8.009/90.** - Tendo o agravo sido condenado pela apropriação indevida de valores em detrimento da União, de maneira que restou certa a obrigação de indenizar o dano causado, inoponível a impenhorabilidade do **bem de família**, em razão da incidência da exceção prevista pelo art. 3º, inc. IV, da Lei nº 8.009/90³².

PENAL E PROCESSUAL PENAL. OPERAÇÃO CARNE FRACA. MEDIDAS ASSECURATÓRIAS. ARRESTO. MATERIALIDADE COMPROVADA. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. NECESSIDADE DE GARANTIA DO PAGAMENTO DOS VALORES DEVIDOS EM CASO DE CONDENAÇÃO.

³² TRF4, AG 5024661-08.2020.4.04.0000, QUARTA TURMA, Relator RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA, juntado aos autos em 01/10/2020.

VALORES ESTIPULADO A TÍTULO DE PENA DE MULTA E DE REPARAÇÃO DO DANO ADEQUADOS. PRAZO MÁXIMO DE REGISTRO DA HIPOTECA LEGAL. ELASTECIMENTO. **BEM DE FAMÍLIA.** 1. Com base no artigo 134 do Código de Processo Penal, tendo sido demonstrada a materialidade e havendo indícios suficientes de autoria, cabível o arresto. 2. Mostram-se adequados os valores estipulados provisoriamente, a título de multa e de reparação de danos, pelo juízo a quo. 3. O prazo de 15 dias para a inscrição da hipoteca legal após o arresto prévio do imóvel, previsto no art. 136, deve ser visto com temperamentos, especialmente em face da complexidade da causa. **4. Nos termos do art. 3º, VI, da Lei nº 8.009/90, é inoponível a impenhorabilidade do bem de família para execução de sentença penal condenatória.** 5. Desprovimento do recurso³³.

Explica-se: embora a penhorabilidade seja um instituto majoritário do direito civil, pode surgir como parte da condenação, nos casos em que o produto ou instrumento do crime não possa ser recuperado, penhorando assim bem com valor equivalente, ou a título de indenização à vítima, o que pode ser também requerido em acordos de não persecução penal, suspensão condicional do processo e transação penal.

3.4 EXECUÇÃO DA PENHORA E DO PERDIMENTO

No âmbito do direito penal, a execução da penhora e do perdimento diz respeito à perda de bens ou propriedades em favor do Estado, resultado de condenação já transitada em julgado, pelo cometimento de ilícitos.

³³ TRF4, ACR 5019090-13.2017.4.04.7000, OITAVA TURMA, Relator CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, juntado aos autos em 12/12/2019

Assim sendo, existindo sentença penal condenatória com trânsito em julgado, iniciar-se-á a execução da pena.

É certo que a penhora ocorrerá em casos de dívida, com o objetivo de adimplir determinada condenação. Já o perdimento, por sua vez, ocorrerá quando aquele imóvel for resultado do fruto do proveito do crime ou instrumento para seu cometimento (um imóvel rural utilizado para a plantação de drogas, por exemplo).

Por versar sobre dois institutos diferentes, cada um com seus respectivos objetivos e peculiaridades, é importante frisar as consequências e limitações que cada condenação irá acarretar.

Por exemplo, nos casos de penhora de um bem de família pertencente a duas pessoas casadas, em qualquer regime que não o de separação total de bens, dever-se-á respeitar a porcentagem pertencente a cada cônjuge.

Todavia, ainda que tal fração seja respeitada, a intimidade do cônjuge não envolvido no cometimento do delito ainda é lesada, o que acarreta uma inequívoca violação à intranscendência da pena. Faça-se um comparativo a fim de clarificar a situação: imagine-se que ocorra a abertura da sucessão do cônjuge condenado. O cônjuge sobrevivente, também ocupante do bem de família, fará jus ao direito real de habitação, como preconiza o artigo 1.831 do Código Civil/2002. Desta forma, o cônjuge poderá manter-se no imóvel ainda que diante da partilha de bens, mas não poderá fazê-lo em caso de condenação criminal do companheiro, o que pode ser considerado desarrazoado, a depender do caso concreto.

Solução jurídica para tal poderia ser a oposição de embargos de terceiro, instituto que permite a um terceiro interessado ingressar em uma execução. Ainda assim, tal dependeria da análise subjetiva do juízo, o que gera insegurança jurídica à parte.

4 ANÁLISE DE CASO HIPOTÉTICO

Considere-se a seguinte situação fictícia:

José recebeu um imóvel residencial fruto de uma herança deixada pelos seus pais. Alguns meses após o falecimento de seus genitores, José decidiu mudar-se com sua família para o referido imóvel, constituindo ali seu lar e caracterizando a propriedade, única de seu núcleo familiar, bem de família.

Em seguida, José vinculou-se ao tráfico de drogas. Para tal, optou por utilizar sua residência como ponto fixo de vendas, sem o conhecimento de sua esposa e filhos. Sua esposa, Ana, ao descobrir a situação, discutiu com José, que a agrediu causando-lhe incapacidade temporária por mais de 30 (trinta) dias. Ana, então, procurou a Delegacia da Mulher competente e reportou a situação à autoridade policial.

José foi indiciado pelos crimes de tráfico de drogas e lesão corporal grave no âmbito da violência doméstica. Após o devido processo legal, restou condenado à pena de 9 (nove) anos e (8) meses de reclusão e ao pagamento de 780 (setecentos e oitenta) dias multa. Não obstante, foi decretado o perdimento de seu imóvel residencial, vez que entendido como instrumento do crime de tráfico de drogas, conforme os ditames constitucionais, bem como fixou-se o valor de R\$100.000,00 (cem mil reais) como indenização a ser paga a Ana.

Partindo dessa análise, ao que tange à decretação de perdimento do imóvel, o posicionamento adotado foi correto? Caso José não tenha condições de arcar com o pagamento da indenização a Ana, caberia a penhora do imóvel?

O imóvel de José, como anteriormente exposto, adveio de uma herança deixada pelos seus pais, logo, possui origem lícita. O referido bem, apesar de ter sido utilizado como ponto de venda de drogas, era o local onde José residia com sua esposa Ana e seus dois filhos, Miguel e João, gêmeos, de apenas 2 (dois) anos de idade. Portanto, é indiscutível sua qualificação como bem de família.

Neste caso, estaríamos diante de uma situação que, embora o imóvel tenha sido utilizado como instrumento do crime, não constitui coisa cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito. Portanto, apesar de expressa determinação legal, o perdimento, na hipótese do artigo 91, II, alínea a, não seria medida proporcional. Todavia, o perdimento encontra suporte no artigo 243 da Constituição Federal.

Não obstante, é também residência de Ana, vítima e noticiante dos delitos que ali ocorreram, a qual, indiretamente, seria punida por colaborar com a justiça e levar os fatos ao conhecimento do Estado, o que, mais uma vez, claramente viola o princípio da intranscendência da pena.

Em outra perspectiva, seria possível a penhora do imóvel, único bem de José, para o pagamento da indenização estipulada a Ana? É impossível fazer tais questionamentos e não rememorar as palavras trazidas por Carnelutti³⁴:

A justiça humana não pode ser mais do que uma justiça parcial; a sua humanidade não pode deixar de ser resolvida na sua parcialidade. Tudo que se pode fazer é tentar diminuir esta parcialidade. O problema do direito e o problema do juiz são a mesma coisa. Como pode fazer o juiz para ser melhor daquilo que já é? A única via que lhe é aberta a tal fim é aquela de sentir a sua miséria: é necessário sentirem-se pequenos para serem grandes. É necessário formar-se uma alma de criança para poder entrar no reino dos céus. É necessário, a cada dia mais, recuperar o dom de surpreender-se. É necessário, a cada manhã, assistir, com a mais profunda emoção, ao nascer do sol e, cada tarde, ao seu poente. É necessário sentirem-se, a cada noite, aniquilados ante a infinita beleza do céu estrelado. É necessário permanecer atônito ao perfume de um jasmim ou ao canto de um rouxinol. É necessário cair de joelhos frente a cada manifestação desse indecifrável prodígio, que é a vida.

³⁴ CARNELUTTI, 2013, p. 20.

Assim, verifica-se que a solução trazida pelo legislador não parece a mais adequada ao caso em tela, pois faz-se necessário fazer justiça à vítima ofendida e ao Estado Brasileiro, bem como faz-se necessário considerar os interesses da família do autor do delito.

Sugere-se, assim, soluções alternativas para que o efeito da condenação atinja somente o apenado, resguardando o direito de terceiros. Uma alternativa viável à perda do imóvel do apenado, na presente situação, seria o parcelamento do valor correspondente ao imóvel e ao ressarcimento do dano. Veja-se: tal como é feito em situações de pensão alimentícia, o agente poderia ter um desconto em folha, que lhe permitisse a subsistência, para que assim arque (ainda que a longo prazo) com o equivalente ao bem de família. Outra solução seria o bloqueio do bem de família por determinado tempo, impedindo que seu proprietário transfira sua titularidade, onerosa ou gratuitamente, até a abertura de sua sucessão. Contudo, tais soluções devem ser analisadas pelo legislador, a fim de garantir segurança jurídica aos familiares do condenado.

CONCLUSÃO

“Apenas com o surgimento da suspeita, o acusado, a sua família, a sua casa, o seu trabalho são inquiridos, examinados, isso na presença de todo mundo. O indivíduo, dessa maneira, é feito em pedaços. E o indivíduo, assim, relembramo-nos, é o único valor que deveria ser salvo pela civilização³⁵.”

³⁵ CARNELUTTI, 2013, p. 26.

As possibilidades de perda do bem de família trazidas pelo direito criminal são diversas e, inegavelmente, possuem efeitos que podem atingir terceiros de boa-fé, que não tiveram qualquer relação com o fato criminoso. Todavia, pouco se discute acerca dos impactos que tais medidas acarretam.

É certo que, ao punir indivíduo que não o próprio o condenado, há uma violação desarrazoada e incontestada de quaisquer limites legais e doutrinários preconizados pela legislação pátria, resultando na evidente ofensa aos princípios da individualização e intranscendência da pena.

Ao estudar o assunto com a devida atenção, percebe-se que a legislação não prevê mecanismos eficazes que tornem possível a punição do condenado, ao menos não de forma a garantir que ele repare aquilo que deve sem prejudicar interesses de terceiros de boa-fé, tais como seus familiares, que não estão envolvidos na conduta criminosa.

Portanto, na tentativa de resguardar os direitos daqueles que, sem praticar o delito, são prejudicados pelas consequências de uma condenação, é preciso que sejam estudadas e desenvolvidas formas seguras de garantir que a sanção penal não passe daquele que cometeu o ilícito. Assim, para uma solução mais próxima dos preceitos constitucionais, assim, faz-se mister que o juízo exerça uma análise criteriosa do caso concreto; do contrário, a consequência para um ato ilícito atingirá também aqueles que não concorreram para sua ilicitude.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Jamil Chaim. Revista dos tribunais. Princípio da personalidade da pena e execução penal. Vol. 899/2010. P.431-454. set. 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559647828. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9786559647828/>. Acesso em: 28 de janeiro de 2024.

BITENCOURT, Cezar R. Tratado de direito penal: parte geral. v.1. São Paulo: Editora Saraiva, 2024. E-book. ISBN 9786553629325. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9786553629325/>. Acesso em: 29 de abril de 2024.

BONFIM, Edilson Mougnot. Código de Processo Penal Anotado. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

BONFIM, Edilson Mougnot. Direito Penal da Sociedade. São Paulo: Saraiva, 2024.

CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. 1ª edição. São Paulo: Russel editores. 2013. p. 26. Acesso em: 29 de março de 2024.

CUNHA, Guilherme Antunes. Revista de processo. Os efeitos civis da fixação de valor reparatório aos prejuízos da vítima na sentença criminal: a reforma do Código de Processo penal, a interpretação conforme a constituição e o contraditório no novo código de processo civil. Vol. 247/2015. P. 17-47. Set/2015.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. v.5. São Paulo: Editora Saraiva, 2023, p. 84. E-book. ISBN 9786553627802. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9786553627802/>. Acesso em: 11 de setembro de 2023

DINIZ, Maria H. Dicionário jurídico universitário. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555598636. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9786555598636/>. Acesso em: 28 de janeiro de 2024.

DUTRA, Maristela Aparecida. ANDRADE, Fernanda Aparecida Borges. Revista Jurídica UNIARAXÁ. Impenhorabilidade do bem de família. v. 21. nº 20. Araxá: CORE, 2017. p. 245-246. Disponível em: <https://core.ac.uk/reader/231277930>. Acesso em: 17 de maio de 2023.

ESTEFAM, André Araújo L. Direito Penal - Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596540. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9786555596540/>. Acesso em: 29 de abril de 2024.

FREITAS, André Guilherme Tavares. Revista do Ministério Público. A restituição do instrumento do crime e o Estatuto do Desarmamento. Rio de Janeiro: 2004. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2784909/Andre_Guilherme_Tavares_de_Freitas.pdf. Acesso em: 05 de novembro de 2023.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Revista dos tribunais. Execução civil da sentença penal condenatória em favor da vítima pobre. Vol. 767/1999. Set/1999.

NETO, Elias Marques de Medeiros. PROPOSTA DE UMA POSSÍVEL RELATIVIZAÇÃO DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. Volume 19, número 2. Rio de Janeiro. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, julho/2018.

NUCCI, Guilherme de S. Curso de Direito Penal: Parte Geral: arts. 1º a 120. v.1. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646852. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9786559646852/>. Acesso em: 23 de maio de 2023.

NUCCI, Guilherme de S. Código Penal Comentado. 24ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9788530994310. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9788530994310/>. Acesso em: 25 de abril de 2024.

PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro. v.1. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

REALE JR., Miguel. Código Penal Comentado. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2023.

REALE JR., Miguel. Fundamentos do Direito Penal. São Paulo: Grupo GEN, 2020.

SANTOS, José Junio Cândido dos. RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. 2020. Disponível em:

<http://atenas.edu.br/uniatenas/assets/files/spic/monography/RELATIVIZACAO_DO_PRINCIPIO_DA_IMPENHORABILIDADE_DO_BEM_DE_FAMILIA.pdf<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000018808576ddfb7336ed4&docguid=I998b0e60659311e0bd4c0000855dd350&hitguid=I998b0e60659311e0bd4c0000855dd350&spos=14&epos=14&td=28&context=151&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 17 de maio de 2023.

STF. ADPF nº 144. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 06/08/2008. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608506>>. Acesso em: 26 de abril de 2024.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito de Família - Vol. 5. São Paulo: Grupo GEN, 2022. p. 774. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643578/>>. Acesso em: 29 de agosto de 2023.

TARTUCE, Flávio. Instituto Brasileiro de Direito de Família. A boa-fé como exceção à proteção do bem de família legal. 2020. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1539/A+boa-f%C3%A9+como+exce%C3%A7%C3%A3o+%C3%A0+prote%C3%A7%C3%A3o+d+o+bem+de+fam%C3%ADlia+legal+>>>. Acesso em: 03 de outubro de 2023.

VALE, Ionilton Pereira. Revista de direito privado. Critérios quantitativos para a fixação da reparação do dano em face do crime e seus reflexos na esfera cível na jurisprudência brasileira. Vol. 83/2017. P.59-78. Nov 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Família e Sucessões. v.5. São Paulo: Grupo GEN, 2023, p. 391-392. E-book. ISBN 9786559774715. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774715/>>. Acesso em: 11 de setembro de 2023.

VIEIRA, Juliana Porto. Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros. CRIMINOLOGIA CLÍNICA NA EXECUÇÃO PENAL. ISSN: 2237-2342 (impresso), 2020, p. 4. Disponível em:



REVISTA DIREITO --- FAE

<<https://periodicos.processus.com.br/index.php/egjf/article/view/281/375>>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2024.

VOLTAIRE. Zadig. 1942. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000072.pdf>>. Acesso em: 12 de maio de 2024.

**EXTINÇÃO DA MODALIDADE CULPOSA NOS ATOS DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE CAUSAM LESÃO AO
ERÁRIO: ANÁLISE DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA PROMOVIDA
PELA LEI Nº 14.230/2021**

*EXTINCTION OF THE CULPABLE MODALITY IN ACTS OF
ADMINISTRATIVE IMPROBITY THAT CAUSE DAMAGE TO THE
TREASURY: ANALYSIS OF THE LEGISLATIVE CHANGE PROMOTED
BY LAW NO. 14.230/2021*

**Daniel Castanha de Freitas¹
Rafaela Koeddermann²
Rebeca dos Santos Barros³**

RESUMO

A Administração Pública baseia sua atuação em princípios essenciais delineados no artigo 37 da Constituição Federal do Brasil, sendo eles: legalidade, eficiência, moralidade, publicidade e impessoalidade. Esses princípios asseguram que os agentes ajam com transparência, garantindo sua indisponibilidade e primazia do interesse público. Nessa toada, surgiu a Lei 8.429/1992, a fim de coibir a conduta ímproba e desonesta dos agentes públicos perante o poder público. Em 2021, ocorreu a reformulação da Lei de Improbidade Administrativa, e com isso a Lei nº 14.230/2021 suprimiu a

¹ Professor orientador. Doutor e Mestre em Direito pela PUCPR. Professor de Direito Administrativo da FAE Centro Universitário. Contato: <daniel.freitas@fae.edu>.

² Acadêmica do 10º período do curso de Direito da FAE Centro Universitário. Contato: <koeddermann.rafaela@mail.fae.edu>.

³ Acadêmica do 10º período do curso de Direito da FAE Centro Universitário. Contato: <rebeca.barros@mail.fae.edu>.

modalidade culposa dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário (art. 10), modificando também outras disposições normativas. Nesse contexto, surgiu um intenso debate acerca das benesses dessas modificações e da possibilidade de retroatividade da norma mais benéfica. Portanto, em virtude desta recente e significativa alteração legislativa, o presente artigo analisou o impacto dessa atividade sancionatória na punibilidade em detrimento dos atos ímprobos cometidos pelos agentes públicos, perpassando pela necessidade do elemento subjetivo dolo para a tipificação do crime de improbidade administrativa e a possibilidade de retroação da norma para processos já transitados em julgado. Concluiu-se que a lacuna normativa em relação às condutas típicas de natureza culposa pode enfraquecer a capacidade do sistema legal de responsabilidade, ao tempo em que a não retroatividade para os processos em curso condiz com a segurança jurídica e os princípios fundamentais da Administração.

Palavras-Chave: Improbidade administrativa. Direito administrativo sancionador. Modalidade culposa. Retroatividade.

ABSTRACT

The Public Administration bases its actions on essential principles outlined in article 37 of the Brazilian Federal Constitution, which are: legality, efficiency, morality, publicity and impersonality. These principles ensure that agents act with transparency, guaranteeing their unavailability and the primacy of the public interest. With this in mind, Law 8.429/1992 was created in order to curb unethical and dishonest conduct by public officials towards the public authorities. In 2021, the Administrative Improbability Law was reformulated, and Law No. 14.230/2021 abolished the culpable modality of acts of administrative improbity that cause damage to the treasury (art. 10), also modifying other normative provisions. In this context, an intense debate has arisen about the benefits of these changes and the possibility of retroactivity of the most beneficial rule. Therefore, due to this recent and significant legislative change, this article analyzed the impact of this sanctioning activity on punishability to the detriment of unprofessional acts committed by public officials, going through the need for the subjective element of malice for the classification of the crime of administrative improbity and the possibility of retroactivity of the rule for cases that have already become final. It was concluded that the normative gap in relation to typical conduct of a culpable nature can weaken the capacity of the legal system of responsibility, while non-retroactivity for ongoing processes is in line with legal certainty and the fundamental principles of Administration.

Keywords: Administrative improbity. Administrative sanctioning law. Culpable conduct. Retroactivity.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 14.230/2021 causou grande impacto na área do Direito Administrativo, porquanto alterou quase que integralmente o conteúdo da lei originária de Improbidade Administrativa. Desse modo, as alterações trazidas no âmbito da responsabilização dos agentes públicos por atos ímprobos vieram para se adequar às mudanças do ordenamento jurídico brasileiro e se adaptar às jurisprudências já consolidadas pelos Tribunais.

Há de se questionar a relevância da alteração desta lei, considerando que o posicionamento majoritário anterior à modificação era de que a modalidade culposa de improbidade administrativa já estava descaracterizada.

De maneira geral, este artigo visa analisar a Lei de Improbidade Administrativa desde sua origem e busca compreender as mudanças legais em seu teor, que resultaram em uma menor responsabilização dos funcionários públicos com a sua última modificação, além de discutir quais os efeitos processuais produzidos e as consequências jurídicas da alteração que ocorreu no ano de 2021, sobretudo acerca da retirada da modalidade culposa e suas hipóteses de retroação.

A pesquisa científica utilizada para a elaboração do presente trabalho foi a do método hipotético-dedutivo, de pesquisa exploratória de natureza qualitativa básica, bem como do levantamento bibliográfico e pesquisa documental, utilizando-se da análise de artigos jurídicos, bibliografias e jurisprudências consolidadas pelos tribunais.

A primeira seção tem como escopo estudar o contexto histórico normativo da proteção da probidade e analisar quais as circunstâncias ensejaram o surgimento da Lei de Improbidade Administrativa, trazendo consigo o princípio da probidade e suas disposições no ordenamento jurídico brasileiro.

À vista disso, denota-se que a referida lei surgiu em um contexto de publicização da corrupção, após inúmeras formas de tentar punir os gestores e agentes públicos que cometeram atos ilícitos face à Administração Pública. Dessa forma, a Administração Pública possui vários princípios norteadores, especialmente o princípio da probidade previsto no art. 37, parágrafo 4º da Constituição Federal, o qual define como deve ser a conduta do servidor público em suas funções e cargos.

Na segunda seção, analisa-se quais foram de fato as alterações trazidas pela LIA, com destaque na supressão da modalidade culposa no ato de improbidade administrativa introduzida pela redação original da legislação em seu art. 10, perpassando pela necessidade da comprovação do elemento subjetivo dolo para a tipificação da improbidade, abordando também a percepção de alguns estudiosos da área acerca das benesses dessa alteração.

Muito se discute acerca dessa modificação pois alguns estudiosos entendem que a LIA tornou menos rígida a punibilidade dos agentes públicos, fato esse que possibilitou um afrouxamento legal na responsabilização de atos ilícitos na gestão pública, ainda alguns entendem pela inconstitucionalidade da modalidade culposa nos atos de improbidade, já outros, por sua constitucionalidade.

Por fim, na terceira seção, são apresentados os efeitos jurídicos dessa modificação para os processos que ainda estão em andamento e os que estão por vir, utilizando-se também de entendimento jurisprudencial sobre a (ir)retroatividade da legislação supramencionada em processos que já transitaram em julgado.

Portanto, com base nos elementos mencionados, e em razão da atualidade e relevância do tema, busca-se entender quais foram os reflexos dessas alterações na punibilidade e responsabilização dos agentes públicos por crimes de improbidade administrativa, além de questionar se estão corretas as afirmações de que essas mudanças foram realmente benéficas para a manutenção do interesse público.

2 CONTEXTO HISTÓRICO NORMATIVO DA PROTEÇÃO DA PROBIDADE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Preliminarmente, faz-se necessária uma breve contextualização histórica acerca do surgimento da necessidade de proteção da probidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro, com enfoque a partir da redemocratização da República Federativa Brasileira. Feito este esclarecimento prévio, passa-se à análise do tema.

A probidade é um princípio norteador da atividade administrativa, conforme depreende-se do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, que preconiza de maneira clara a necessidade de observância da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Ainda, cumpre ressaltar que o §4º do mesmo dispositivo legal prevê punição para aqueles que, ferindo os princípios constitucionais mencionados, não se submetem ao preceito da probidade.

Precedente ao surgimento da Lei de Improbidade Administrativa, as únicas legislações em vigor eram as Leis 3.164/1957 (conhecida como Lei Pitombo-Godói Ilha) e 3.502/1958 (também chamada de Lei Bilac Pinto), as quais tratavam do enriquecimento ilícito por parte de agentes públicos. Essas leis foram elaboradas com base no artigo 141, § 31, segunda parte, da Constituição Federal de 1946, porém foram revogadas pela Lei 8.429/1992.

Além disso, durante o período da ditadura militar, foi instaurado o Ato Institucional nº 5, em 1968, que permaneceu em vigor até 1978. Esse ato conferia ao Presidente da República a competência para decretar o confisco de bens daqueles que enriquecem ilicitamente no exercício de funções públicas, entre outras disposições. As condutas praticadas pelos agentes políticos eram consideradas ilícitas por meio de crimes de responsabilidade, entretanto, sua abrangência se restringia apenas a “agentes políticos”, o que descartava a responsabilização de servidores públicos em geral.

Quatro anos após a promulgação da Constituição Federal, surge a Lei 8.429/92, durante o governo do Presidente Fernando Collor de Mello, marcado por descrenças políticas e pela alta da publicização da corrupção do país. Nesse período, o Ministro de Estado da Justiça, Jarbas Passarinho, relevante figura na promulgação da referida lei, reforçava a extrema necessidade da instituição de uma legislação específica para o combate à corrupção no país.

É essencial entender que a Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429/92, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, reflete a trajetória do Brasil na tentativa de combater a corrupção no serviço público, especialmente após os tempos de ditadura militar. A promulgação da Constituição, com seu espírito de redemocratização, trouxe a necessidade de fortalecimento da integridade e transparência na Administração Pública. Tal ação coaduna-se com o desejo de criar um distanciamento de práticas autoritárias e garantir a eficiência, moralidade, e honestidade no trato com o erário público, conforme previsto no artigo 37 supracitado.

A criação da Lei de Improbidade foi um passo crucial no esforço de assegurar que os gestores públicos fossem responsabilizados por atos que lesassem o patrimônio público, uma demanda crescente em meio ao aumento da visibilidade de escândalos de corrupção no Brasil. A Lei de Improbidade foi recebida em um momento de grande expectativa, com a sociedade clamando por justiça e responsabilização, percebe-se, assim, que esse clamor era fortemente vinculado ao fortalecimento de um Estado Democrático de Direito, onde a probidade era vista não apenas como um princípio técnico, mas como um valor intrínseco à cidadania e ao respeito à coisa pública.

As mudanças advindas da alteração legislativa refletem um dever do agente público nortear sua conduta de acordo com a moral administrativa, pois segundo Diógenes Gasparini (2007, p. 10) a administração pública não deve somente obedecer aquilo que está redigido na lei, mas também pautar-se pela moral, sendo essa a razão

pela qual é vedado qualquer tipo de comportamento que contrarie os princípios da boa-fé e da lealdade.

Considerando-se que anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988 o combate à corrupção era pouco efetivo, a recepção da Lei de Improbidade trouxe meios mais robustos para punir condutas danosas ao bem-estar público.

A probidade administrativa pode então ser compreendida como um direito difuso, na medida em que está profundamente interligada com Estado Democrático de Direito, além de ser fundamental ao bom funcionamento da sociedade, que se pauta na coletividade. Corroborando o entendimento, Roberto Lima Santos (2012) sustenta que o direito fundamental à probidade administrativa decorre dos princípios republicano e democrático, da soberania, cidadania e da dignidade da pessoa humana, assim como dos demais princípios constitucionais administrativos.

Sob esse prisma, Teori Albino Zavascki (2017, p. 100) relaciona a probidade como sendo o direito a um governo “honesto, eficiente e zeloso” pelos bens públicos, com natureza transindividual e que não pertence a ninguém de maneira individual, mas sim ao povo, “em nome e em benefício de quem o poder deve ser exercido”.

Dessa maneira, ainda que seja um preceito indispensável para o bom andamento da administração pública, por possuir um caráter indiscutivelmente principiológico, a conceituação da probidade não é alcançada de maneira fácil e, por consequência, não há um entendimento doutrinário pacificado a respeito de tratar-se ou não de um sinônimo da moralidade.

Ainda que tenha representado um grande avanço social, a Lei nº 8.429/92 não sanou todos os problemas, porquanto permaneceu a dúvida sobre de que forma deveriam ser aplicados princípios tão amplos, especialmente diante de um sistema político e jurídico que, por vezes, era permeado por ambiguidade e falta de consenso sobre o que constituiria um ato de improbidade.

Repise-se, a Constituição de 1988 já mencionava punição para os agentes políticos e com o advento da lei foi trazida a conceituação de agentes públicos, o que se mostrou indubitavelmente relevante para a aplicabilidade, tendo em vista sua maior cobertura legislativa.

Ao ser decretada, a Lei de Improbidade Administrativa estabeleceu a probidade pelo método negativo, ou seja, conceituou de maneira aberta e exemplificativa os atos de improbidade administrativa, contudo não trouxe fim à discussão do conceito de probidade, tendo em vista a tipificação genérica do que seriam os atos ímprobos.

Ricardo Marcondes Martins (2015, p. 641), ao fazer uma análise ampla do termo, explicita que a palavra “improbidade” é proveniente da expressão em latim *improbitas tatis*, que significa “maldade”, “má qualidade”, ou “perversidade” e é a partir dessa compreensão que o conceito jurídico foi criado, qual seja a improbidade definida como atos imorais, qualificados pela desonestidade do agente.

Ante a amplitude interpretativa do conceito, tornou-se exacerbada a relevância do intérprete, motivo pelo qual diversos autores tentaram contribuir para o tema e definir o que seria a probidade. Segundo Osório (2007, p. 125) é um dever que se relaciona com outros inesgotáveis deveres públicos, dado que se reporta aos “direitos a uma eficiente e honesta Administração Pública”.

Já para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 899) a probidade e a moralidade são sinônimos, estando amplamente ligadas a uma administração pública honesta, não podendo os entes administrativos se restringirem apenas à legalidade formal.

A afirmação feita por Di Pietro sobre a relação entre moralidade e probidade na administração pública é fundamental para a compreensão dos limites de atuação entre os entes administrativos. A probidade, ao lado da moralidade, transcende a mera conformidade com a legalidade formal e impõe uma responsabilidade ética a fim de

guiar as decisões e ações do poder público. Implica que a integridade administrativa não se limita ao cumprimento da lei, porém exige um compromisso com princípios que visam promover o bem comum.

Por sua vez, Costa (2002, p. 51) indica que a necessidade de extinção, ou ao menos a diminuição, da corrupção administrativa e política está estreitamente ligada com a probidade, mormente considerando-se o aumento expressivo dos atos de corrupção no país.

Em um contexto onde atos corruptivos são cada vez mais identificados, é imperativo que a administração pública adote uma postura de proatividade em relação à probidade. A extinção ou diminuição da corrupção, não apenas protege os recursos públicos como também fortalece a legitimidade do Estado em promover uma cultura de transparência.

Carvalho Filho (2014, p. 1088-1089), assim como Di Pietro, assimila a moralidade com a probidade, pontuando que a Magna Carta indicou “a moralidade como princípio (art. 37, caput) e a improbidade como lesão ao mesmo princípio (art. 37, §4º)”. Diante disso, considera desnecessário o esforço argumentativo para diferenciar as expressões, posto que são utilizadas para o mesmo fim, qual seja a proteção da moralidade administrativa.

Em que pese a assimilação, ou não, da probidade com a moralidade, fato é que sua conceituação em abstrato é árdua, porquanto as expressões fazem alusão a outros conceitos dúbios, como a honestidade. Certo é que, perante o amplo debate doutrinário para conceituar todas essas expressões, não se pode olvidar que a dificuldade para tal feito acaba por deixar nas mãos do intérprete a arguição que permita enquadrar o caso em concreto em qualquer destes conceitos.

Destarte, ainda que não tenha solucionado por completo a obscuridade do termo, a Lei de Improbidade Administrativa, conforme evidenciado alhures, veio à lume como uma forma de proteger o patrimônio público de práticas corruptas e

desonestas por parte dos agentes públicos, possuindo um caráter mais punitivo. Tanto é que a exposição de motivos (BRASIL, Exposição de Motivos nº0388, de 14 de agosto de 1991) assim versou:

[...] Sabendo Vossa Excelência que uma das maiores mazelas que, infelizmente, ainda afligem o País, é a prática desenfreada e impune de atos de corrupção, no trato com os dinheiros públicos, e que a sua repressão, para ser legítima, depende de procedimento legal adequado – o devido processo legal – impõe-se criar meios próprios à consecução daquele objetivo sem, no entanto, suprimir as garantias constitucionais pertinentes, caracterizadoras do Estado de Direito. (Jarbas Passarinho. Ministro da Justiça. Diário do Congresso Nacional, seção I, p. 14124, ago. 1991)

Pode-se notar que a Lei nº 8.429/92 abrangeu condutas típicas que poderiam ser enquadradas no conceito amplo de atos ímprobos, prevendo sanções de natureza repressiva e preventiva, como uma forma de desestimular o agente administrativo a praticar qualquer tipo de improbidade.

Para Garcia e Alves (2008, p. 174), a norma legal supramencionada volta-se, essencialmente, ao que é considerado ímprobo, inexistindo quaisquer disposições que versem sobre a nulidade do ato de improbidade, o que, contudo, não afasta de pronto as normas preexistentes que versam sobre o mote.

Aurelli (2013, p. 3), ao ponderar sobre o tema, também correlaciona a improbidade administrativa com as práticas de corrupção, afirmando que tais atos comprometem os valores da Administração Pública e desrespeitam princípios fundamentais do Estado de Direito, do regime democrático e da República. Logo, a improbidade se manifesta na obtenção de vantagens patrimoniais indevidas em prejuízo do erário, no uso prejudicial de funções e cargos públicos, no tráfico de influência no âmbito da Administração Pública e no favorecimento de interesses particulares em detrimento do bem coletivo, por meio de concessões e privilégios ilícitos.

Constata-se, assim, que a proteção da probidade surgiu também de uma necessidade de combate à corrupção, que afeta de maneira direta a sociedade, fato

esse que culminou na adoção de medidas e na criação de leis mais repressivas e preventivas.

Ao definir a improbidade como uma forma de corrupção que desvirtua a função pública, o autor destaca não apenas a gravidade das condutas imorais, como também o impacto direto nos princípios fundamentais. Essa concepção de improbidade, conforme delineada por Aurelli, ressalta a necessidade de um enfoque mais rigoroso na fiscalização e responsabilidade dos agentes públicos.

Em suma, a probidade administrativa passou a ser compreendida pelo ordenamento jurídico brasileiro como sendo um direito fundamental de todo cidadão e, por conseguinte, merecedora de uma proteção legislativa que assegurasse sua plena observância.

Com o aumento crescente de atos de corrupção cometidos por agentes públicos tanto em âmbito político, quanto em âmbito administrativo, o legislador entendeu pela necessidade da criação de uma lei que pudesse coibir com eficácia o cometimento de atos ímprobos. Nesse contexto histórico é que surge a Lei nº 8.249/92, que buscou salvaguardar a probidade como princípio norteador da administração pública, nos ditames da Constituição Federal.

Logo, resta claro que desde a redemocratização do Brasil, sintetizada pela Magna Carta, há uma preocupação constante com a proteção da probidade, posto que sem ela não é possível a manutenção de um Estado Democrático de Direito. Portanto, é evidente o prestígio, no âmbito legal, do surgimento da Lei 8.429/92 para o ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo, no contexto histórico em que se encontrava o país, em meio a redemocratização pós ditadura militar, sendo este um período de descrença política e casos controvertidos de corrupção, corroborando para a urgência na criação da referida lei.

3 ALTERAÇÕES DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O Deputado Federal Roberto de Lucena, do partido Podemos de São Paulo, apresentou em 17 de outubro de 2018 o Projeto de Lei nº 10.887/2018 (posteriormente numerado como Projeto de Lei 2.505/2021), com o objetivo de modificar a Lei nº 8.429/1992, que trata da improbidade administrativa para que a mesma se adaptasse às decisões jurisprudenciais consolidadas pelos Tribunais.

O projeto foi elaborado por uma comissão de juristas criada pelo então presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, e coordenada por Mauro Campbell Marques, ministro do STJ.

Em consonância com Aline Siqueira (2023), uma das principais alterações propostas no projeto, era conceder ao Ministério Público a competência para propor ações de improbidade administrativa e celebrar acordos de não persecução cível. Além disso, o projeto buscava diferenciar condutas culposas de atos dolosos ímprobos, propondo que apenas estes últimos sofressem sanções conforme a LIA. Outra modificação significativa foi na prescrição, estabelecendo um prazo máximo de 13 anos a partir da data do fato, incluindo a possibilidade de suspensão do prazo prescricional por até três anos durante a investigação.

As principais alterações propostas pelo Projeto de Lei nº 10.887/2018⁴ foram, em síntese, a condenação por improbidade administrativa exclusivamente por atos dolosos, a previsão expressa acerca da aplicação da lei aos agentes políticos, o escalonamento das sanções, a previsão de legitimidade privativa do Ministério Público para a propositura das ações de improbidade, a previsão de celebração de acordo de não persecução cível, bem como regras mais claras acerca da prescrição em matéria de improbidade.

Isto posto, a adesão da conduta dolosa na caracterização dos atos de improbidade administrativa, e a consequente supressão da modalidade culposa, foi uma das modificações mais relevantes no dispositivo legal. O art. 1º, § 1º, do referido

⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. Relatório final, 2021.

dispositivo legal dispõe que “Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais”.

Entende-se que não basta a voluntariedade do agente para caracterizar o ato de improbidade, deve existir dolo consistente na “vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9, 10 e 11” da legislação.

O texto originário da Lei 8.429/92 fazia menção expressa de que a ação do acusado poderia ser de caráter “doloso” ou “culposo”, todavia, nota-se que é impraticável a desonestidade culposa. Nesse sentido, a improbidade por culpa atenta contra o próprio significado da palavra improbidade consignado no §4º do art. 37 da CF/88.

Assim sendo, as sanções previstas originalmente no art. 12 da Lei de Improbidade eram inadequadas à atuação culposa do ato, justamente pelos conceitos amplos pertencentes ao corpo do texto legislativo.

Doutrinadores como Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Marcelo Figueiredo, admitem as alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021 com base na necessidade de atualização da norma à realidade processual e ao direito administrativo sancionador moderno. A supressão da modalidade culposa foi recebida como uma adequação necessária ao princípio da legalidade, moralidade e da proporcionalidade, o que refletiu na exigência do dolo para a configuração do ato ímprobo. A interpretação, portanto, é de que o dolo seria um elemento subjetivo mais adequado para refletir a gravidade dos atos lesivos à Administração Pública.

Alguns autores, contudo, defendiam a constitucionalidade do dispositivo legal na forma em que se apresentava anteriormente, posto que parte da doutrina entendia pela constitucionalidade sobre o principal argumento de que o dolo não foi exigido no art. 37, § 4 da Constituição Federal.

Nesse sentido é o posicionamento adotado por Carvalho Filho em sua obra (2012, p. 1072), ao argumentar que, embora alguns autores defendam a exclusão da culpa e considerem até mesmo inconstitucional sua inclusão no mandamento legal, tal posição não é fundamentada. O legislador teve a intenção de penalizar também condutas culposas que causem prejuízo ao erário, como evidenciado pela referência expressa ao dolo e à culpa no artigo 5º, que igualmente trata de danos ao patrimônio público. Segundo o autor, a alegação de que condutas culposas não possuem gravidade suficiente para justificar a aplicação de penalidades não procede, já que determinadas ações culposas podem ter repercussões mais severas do que algumas condutas dolosas. Ademais, o princípio da proporcionalidade permite adequar a sanção à gravidade do ato de improbidade.

Conforme Rafael Munhoz de Mello (2007, p. 154 e 155), a regra geral no direito é a irretroatividade das normas jurídicas, uma vez que as leis são criadas para regular situações futuras. O autor salienta que a retroatividade da lei penal mais benéfica é uma exceção fundamentada em particularidades do direito penal, as quais são se aplicam ao direito administrativo sancionador. A retroatividade é baseada em razões humanitárias que estão diretamente relacionadas à liberdade do condenado, bem jurídico que é afetado pela pena, assim, Mello conclui que não há como aplicar a norma penal de retroatividade ao direito administrativo sancionador. devendo considerar a legislação vigente no momento da infração, mesmo que seja mais severa.

Em contrapartida, alguns estudiosos sustentam a tese de inconstitucionalidade da modalidade culposa na lei de Improbidade Administrativa, fundamentando sua posição em uma interpretação do artigo 10 da mencionada lei, à luz do artigo 37, § 4 da Constituição Federal. Destarte, argumenta-se que o conceito de improbidade administrativa não se limita à transgressão da ordem jurídica, mas também à noção de moralidade. Nessa perspectiva, a Lei de Improbidade visa

proteger o princípio da moralidade presente no texto do artigo 37 da Constituição Federal.

É inegável que, sem a presença do elemento doloso, não é possível caracterizar a improbidade administrativa, uma vez que o ímprobo é aquele que deliberadamente busca lesar o erário e os princípios que regem a Administração Pública, não aquele que o faz inadvertidamente.

Figueiredo (2009) destaca com acerto que é injusto sancionar o servidor público quando o ato considerado ímprobo resulta simplesmente de falta de habilidade na administração, sem a presença de má-fé. Portanto, a Lei de Improbidade acabou por extrapolar as intenções da Constituição Federal ao incluir indevidamente no conceito de improbidade qualquer conduta omissiva ou comissiva, tanto dolosa quanto culposa. Há de se destacar que, considerar as condutas culposas como inconstitucionais não implica que o dano não deva ser reparado.

Os Tribunais de Justiça têm entendido pela impossibilidade de condenação dos agentes pela conduta de improbidade culposa, em razão do advento da lei 14.230/2021⁵.

⁵ APELAÇÃO CÍVEL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. **AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL Nº 1.199 DO STF. EXIGÊNCIA DO DOLO PARA CONFIGURAÇÃO DO ATO ÍMPROBO. LEI Nº 14.230/2021. RETROATIVIDADE NO CASO. CONDUTA CULPOSA RECONHECIDA NA SENTENÇA E NO ACÓRDÃO. ELEMENTO SUBJETIVO ESPECÍFICO NÃO CONSTATADO. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO AUTURAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO EXERCIDO. RECURSO PROVIDO.** (TJPR - 4ª Câmara Cível - 0003700-63.2014.8.16.0004 - Curitiba - Rel.: DESEMBARGADOR CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO - J. 08.04.2024)

APELAÇÃO CÍVEL. **AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRELIMINAR DE NULIDADE PELO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. REJEITADA. MÉRITO. CONDUTA DOLOSA NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NOVA REDAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APELAÇÃO CONHECIDA E NÃO PROVIDA À UNANIMIDADE (...).** 6- O Supremo Tribunal Federal, com fundamento no princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da CF, o qual alcança as leis que disciplinam o direito administrativo sancionador, autorizou a aplicação imediata das disposições da Lei 14.230/2021 aos processos de improbidade administrativa em curso. 7-Aplicação da Tese de Repercussão Geral firmada pelo STF no Tema 1199. **Necessidade de comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade**

Tais posicionamentos revelam que há observância à alteração legislativa, decidindo-se pela impossibilidade de condenação dos agentes quando a improbidade for alegada com base na culpa, ou no dolo genérico.

Conforme anteriormente mencionado, a inclinação da jurisprudência sustenta-se no fato de que a nova redação da lei de improbidade administrativa passou a prever um rol taxativo, especificamente nos incisos do art. 11 para os comportamentos reputados como violadores aos princípios da Administração Pública, abandonando a possibilidade de imputação abrangente com base no caput do referido dispositivo, que anteriormente previa a palavra “notadamente”, sugerindo que os incisos transcritos na sequência eram de rol exemplificativo, ressaltando as condutas ali tipificadas.

A despeito da atual pacificação, tal consonância foi alcançada somente após julgamento do Tema 1.199 pelo Supremo Tribunal de Justiça, que deliberou no julgamento do ARE nº 843.989, ao mencionar a revogação do tipo culposo de improbidade também se aplica ao dolo genérico⁶.

administrativa, exigindo-se, nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA, a presença do elemento subjetivo dolo. A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente. 8-O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa (...). (TJPA – APELAÇÃO CÍVEL – Nº 0023268-38.2013.8.14.0301 – Relator(a): MARIA ELVINA GEMAQUE TAVEIRA – 1ª Turma de Direito Público – **Julgado em 22/05/2023**)

⁶ “A opção do legislador em alterar a lei de improbidade administrativa com a supressão da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa – independentemente da concordância ou não com seu mérito – foi clara e plenamente válida, uma vez que é a própria Constituição Federal que delega à legislação ordinária a forma e tipificação dos atos de improbidade administrativa e a gradação das sanções constitucionalmente estabelecidas. (...) Ressalte-se, entretanto, que apesar da irretroatividade, em relação a redação anterior da LIA, mais severa por estabelecer a modalidade culposa do ato de improbidade administrativa em seu artigo 10, vige o princípio da não ultra-atividade, uma vez que não retroagirá para aplicar-se a fatos pretéritos com a respectiva condenação transitada em julgado, mas tampouco será permitida sua aplicação a fatos praticados durante sua vigência mas cuja responsabilização judicial ainda não foi finalizada. Isso ocorre pelo mesmo princípio do tempus regit actum, ou seja, tendo sido revogado o ato de improbidade administrativa culposo antes do trânsito em julgado da decisão condenatória; não é possível a continuidade de uma investigação, de uma ação

De acordo com o julgamento do tema 1.199, o tribunal salientou que a alteração legislativa eliminando a modalidade culposa da improbidade administrativa foi uma mudança respaldada pela Constituição da República, que confere à legislação ordinária a competência para definir a tipificação e a gradação das sanções relativas aos atos de improbidade. O Supremo ressaltou, ainda que, embora a redação da referida lei não tenha efeito retroativo, ela não se aplica a fatos passados com a condenação já transitada em julgado. Portanto, não é permitido continuar investigações em condutas que não são mais tipificadas pela legislação hodierna, isto porque, fundamenta-se no princípio do *tempus regit actum*.

Conforme adiante se demonstrará, o julgamento do Tema 1.199 representou um importante marco legal na discussão da matéria.

4 EFEITOS PROCESSUAIS PRODUZIDOS E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA MODIFICAÇÃO IMPLEMENTADA PELA LEI: (IR)RETROATIVIDADE

Salienta-se que na origem, o caso concreto submetido à exame no ARE nº 843.989 tratava de uma ação civil pública ajuizada pelo INSS em 2006, contra Terezinha Córdova, na qual postulava-se a condenação da agente ao ressarcimento de prejuízos ao erário (art. 10 da Lei 8.429/1992) decorrentes de sua atuação culposa, entre 1994 e 1999, como procuradora do INSS.

Com o advento da Lei 14.230/2021 que excluiu a modalidade culposa, passou-se a questionar se a procuradora poderia ser condenada por um ato praticado em modalidade que não mais existia no ordenamento jurídico. Destarte, diante do conflito, a matéria foi submetida ao STF, que analisou a matéria por meio do Tema 1.199.

de improbidade ou mesmo de uma sentença condenatória com base em uma conduta não mais tipificada legalmente, por ter sido revogada.”

No ARE nº 843.989, em sede de sustentação oral, o representante da parte, Francisco Zardo, valeu-se da teoria da *abolitio criminis*, aplicada em contexto de direito administrativo sancionador, que defende a retroatividade de normas mais benéficas, mesmo fora do direito penal estrito. Essa teoria tem fundamento no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, que consagra o princípio de que "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu". Embora essa previsão se refira ao direito penal, argumentou-se que, por analogia, esse princípio poderia ser estendido ao direito administrativo sancionador, especialmente no caso de improbidade administrativa.

A tese central era de que a supressão da modalidade culposa pela Lei nº 14.230/2021 configurava uma situação de *abolitio criminis*, uma vez que a conduta culposa deixou de ser punível pela nova legislação. O jurista sustentou, ainda, que a aplicação dessa norma deveria ocorrer de forma retroativa para todos os processos em andamento, incluindo aqueles em fase de execução, exceto quando já houvesse decisão com trânsito em julgado, em respeito ao princípio da segurança jurídica e da coisa julgada.

No decorrer do processo, o advogado de Terezinha Córdova reforçou que, assim como no direito penal, em que a norma mais benéfica pode retroagir para alcançar fatos passados, o direito administrativo sancionador, especialmente o relacionado à improbidade, deve seguir o mesmo raciocínio, já que a responsabilidade administrativa também envolve sanções que impactam significativamente os direitos dos réus, como a perda de função pública e a suspensão de direitos políticos.

Ao longo de sua argumentação, mencionou que a exclusão da modalidade culposa pela Lei 14.230/2021 trouxe um novo paradigma na imputação de responsabilidade aos agentes públicos, de modo que a condenação por atos de improbidade passou a exigir a comprovação de dolo. Com isso, as ações sancionatórias precisariam ser ajustadas de acordo com esse novo critério legal,

evitando-se a punição de agentes que não agiram com intenção deliberada de causar prejuízo ao erário.

Também enfatizou que o princípio da *abolitio criminis* encontra apoio doutrinário e jurisprudencial, sendo aceito como uma medida de justiça material que assegura a aplicação de um tratamento legal mais adequado, sobretudo quando há modificação legislativa que abole uma conduta anteriormente punida. Zardo ainda argumentou que a retroatividade benéfica também reflete um dever do Estado de ajustar as condenações a um padrão jurídico mais justo, garantindo que os agentes públicos não sejam penalizados por condutas que o novo legislador entendeu não serem suficientemente graves para justificar sanções.

Feitos estes esclarecimentos, no Tema 1.199 o Supremo Tribunal Federal referendou o entendimento acerca da aplicação retroativa mitigada da "*abolitio maleficium*" (alcançando apenas os processos em curso e excluindo as decisões com trânsito em julgado), bem como da irretroatividade do prazo de prescrição geral, ou intercorrente.

Cumpramos novamente ressaltar que a Lei nº 14.230/2021 extinguiu a improbidade culposa, exigindo-se, assim, a presença do dolo para a caracterização da conduta. Em razão disso, surgiu o seguinte questionamento: essa alteração retroage em benefício dos indivíduos anteriormente condenados, cuja condenação já transitou em julgado?

Ao analisar tal indagação, o STF entendeu pela impossibilidade da retroação da norma nesses casos, pois o ato ensejaria clara afronta ao art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, que afirma de maneira específica que a lei não poderá ofender coisa julgada⁷.

⁷ **"Por força do art. 5º, XXXVI, da CF/88, a revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa, promovida pela Lei nº 14.230/2021, é irretroativa, de modo que os seus efeitos não têm incidência em relação à eficácia da coisa julgada, nem durante o processo de execução das penas e seus incidentes"**. STF. Plenário. ARE 843989/PR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 18/8/2022 (Repercussão Geral – Tema 1199) (Info 1065).

Em contrapartida, para as ações em curso, entendeu-se pela possibilidade da aplicação da Lei nº 14.230/2021 em relação aos atos de improbidade culposos cometidos na vigência da norma revogada, cabendo ao juízo competente a aferição da existência, ou não, do dolo eventual. Isto posto, a aplicação da nova lei não implica, necessariamente, na absolvição do réu, uma vez que poderá ser comprovada a existência do dolo no ato cometido⁸.

A Corte Superior fixou as teses de que para a condenação do agente por atos ímprobos deverá ser comprovado o dolo da ação, exigido para a caracterização dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade. Todavia, ainda que seja mais benéfica, a Lei 14.230/2021 não poderá retroagir em benefício daqueles com condenação já transitada em julgado, ou em fase de execução, cabendo sua aplicação somente nas ações em curso.⁹

Em outros termos, o STF adotou a aplicação da teoria da retroatividade média das normas materiais mais benéficas do direito administrativo sancionador, conforme esclareceu o Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto proferido na ADI 1220, na qual atuou como Relator¹⁰.

⁸ **“Incide a Lei nº 14.230/2021 em relação aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência da Lei nº 8.429/1992, desde que não exista condenação transitada em julgado, cabendo ao juízo competente o exame da ocorrência de eventual dolo por parte do agente”**. STF. Plenário. ARE 843989/PR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 18/8/2022 (Repercussão Geral – Tema 1199) (Info 1065).

⁹EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. LEI 14.230/2021. APLICAÇÃO RETROATIVA DAS DISPOSIÇÕES SOBRE O DOLO E A PRESCRIÇÃO NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA 1. Revela especial relevância, na forma do artigo 102, 3º, da Constituição, a definição de eventual (IR) RETROATIVIDADE das disposições da Lei 14.230/2021, em especial em relação: (I) a necessidade da presença do elemento subjetivo dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente. 2. Repercussão geral da matéria reconhecida, nos termos do artigo 1035 do CPC (STF. ARE 843.989 PR. Relator Ministro Alexandre de Moraes. 18 de agosto de 2022. Jurisprudência do STF. Jusbrasil).

¹⁰ ADI 1220, relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2019, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-055 DIVULG 12-03-2020 PUBLIC 13-03-2020.

Apesar do entendimento esposado, destaque-se que existiram divergências entre os próprios Ministros no que tange à retroatividade dos dispositivos sobre o elemento subjetivo do dolo, além de terem apresentado posicionamentos divergentes acerca da modulação dos efeitos da (ir)retroatividade para atos pendentes e definitivos. No Quadro 1, faz-se a demonstração de como votaram os Ministros do Supremo Tribunal Federal no caso:

QUADRO 1 - Voto dos Ministros

Ministros	Retroatividade com decisão transitada em julgado.	Retroatividade sem decisão transitada em julgado.	Retroatividade e da prescrição intercorrente.	Retroatividade da prescrição geral.
Moraes	Não	Sim	Não	Não
Mendonça	Sim	Sim	Não	Sim
Nunes Marques	Sim	Sim	Sim	Sim
Fachin	Não	Não	Não	Não
Barroso	Não	Não	Não	Não
Rosa Weber	Não	Não	Não	Não
Toffoli	Sim	Sim	Sim	Sim
Cármem Lúcia	Não	Não	Não	Não
Lewandowski	Sim	Sim	Não	Sim
Gilmar Mendes	Sim	Sim	Não	Sim
Luiz Fux	Não	Sim	Não	Não
Resultado	Lei não retroage	Lei retroage	Lei não retroage	Lei não retroage

Fonte: As autoras, 2024.

Em sentido semelhante, o jurista José Miguel Garcia Medina (2021) entende pela aplicação da retroatividade da lei mais benéfica ao réu nos casos de improbidade, similarmemente ao direito penal, por tratar-se de direito administrativo sancionador.

O autor argumenta que a legislação que prevê sanções por ato de improbidade não retroage, exceto para beneficiar o réu, citando que, com a legislação

atualizada, atos anteriormente classificados como improbidade culposa não serão mais considerados como tal. Medina defende ainda que esse princípio deve ser aplicado também a atos praticados antes da vigência da Lei 14.230/2021, além de mencionar a existência de decisões sustentando tal posição. Portanto, essa perspectiva defende que a nova tipologia normativa deve ser aplicada aos atos anteriores desde que beneficiando o agente que praticou o ilícito.

Após a pacificação do tema pelo Supremo Tribunal Federal, diversos foram os julgados publicados pelos Tribunais de Justiça do país acerca da parcial retroatividade da Lei de Improbidade.¹¹

De igual forma, também existem julgamentos relacionados à retroatividade da Lei nº 14.230/2021 no Superior Tribunal de Justiça¹².

¹¹ CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – AÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS SEM LICITAÇÃO – DANO AO ERÁRIO E OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS – DOLO – SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 14.230/21 – APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR AO SISTEMA DE IMPROBIDADE – RETROATIVIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA. 1. O propósito da Lei de Improbidade Administrativa é coibir atos praticados com manifesta intenção lesiva à Administração Pública e não apenas atos que, embora ilegais ou irregulares, tenham sido praticados por administradores inábeis sem a comprovação de má-fé. Ausência de dolo. 2. Da ilegalidade ou irregularidade em si não decorre a improbidade. Para caracterização do ato de improbidade administrativa exige-se a presença do elemento subjetivo na conduta do agente público. 3. Ação civil pública por improbidade administrativa. A Lei n.º 14.230/2021 promoveu profundas alterações na Lei de Improbidade Administrativa, dentre as quais a supressão das modalidades culposas nos atos de improbidade. Novatio legis in melius. Retroatividade. Aplicação dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador (art. 1º, § 4º, da Lei nº 8.429/1992). 4. Para caracterização do ato de improbidade administrativa faz-se necessário dolo do agente, assim entendido como a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 da LIA, não bastando a voluntariedade do agente ou o mero exercício da função ou desempenho de competências públicas. Ausência de prova de dolo dos réus. Ação civil pública improcedente. Sentença reformada. Recursos providos. (TJ-SP - AC: 10012716120188260498 SP 1001271-61.2018.8.26.0498, Relator: Décio Notarangi, Data de Julgamento: 18/04/2022, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 18/04/2022)

¹² PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PETIÇÃO NO AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LEI N. 14.230/2021. RETROATIVIDADE. ATO ÍMPROBO CULPOSO. POSSIBILIDADE. TEMA N. 1.199 DA REPERCUSSÃO GERAL. PEDIDO DEFERIDO. I - Consoante o decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema n. 1.199 da repercussão geral, a retroatividade da Lei n. 14.230/2021 está adstrita "[...] aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto

Entende-se, portanto, que o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal está em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, pois ao reconhecer a retroatividade média da Lei de Improbidade, as alterações atingem somente as ações em curso, mantendo incólume a coisa julgada e indo de encontro ao que está disposto na Constituição Federal.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se em primeiro momento, que perante o cenário histórico de corrupções e descrenças políticas, sentiu-se a necessidade da adoção de uma legislação que punisse as condutas desonestas presentes na Administração Pública. Assim sendo, surge a menção à improbidade administrativa, que por muito tempo se limitou a dispositivos constitucionais esparsos, os quais não traziam a especificidade necessária para punir os atos ímprobos praticados pelos agentes públicos.

Conforme evidenciado, a administração pública rege-se pelo princípio da probidade, constitucionalmente assegurado e que possui uma estreita relação com a honestidade e integridade. À vista disso, tal princípio atua como uma forma de proteção do bem público e da própria sociedade, posto que coíbem a má administração e trazem à lume todas as ações do Estado, que comprovam, ou não, a presença do interesse social.

anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado" (ARE 843.989, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 18.08.2022, DJe 12.12.2022), sem prejuízo do eventual reconhecimento de dolo pelo juízo competente. II - No caso, reconhecido na origem o cometimento de ato ímprobo culposos pelos Requerentes, conclusão essa mantida por esta Corte, e ausente o trânsito em julgado, admite-se a aplicação retroativa da disciplina inaugurada pela Lei n. 14.230/2021, sem prejuízo da análise da eventual presença de dolo pelo juízo competente. Precedente da Corte Especial. III - Pedido deferido para, tão somente, afastar a condenação por ato ímprobo culposos e determinar o retorno dos autos à origem, a fim de que examine eventual conduta dolosa. (STJ - PET nos EAREsp: 1623926 MG 2019/0346985-3, Relator: Ministra REGINA HELENA COSTA, Data de Julgamento: 14/06/2023, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 27/06/2023).

Então, a probidade foi estabelecida por método negativo, identificando exemplos de condutas consideradas impróprias na administração pública, decisão que não resolveu completamente a questão sobre o que exatamente constitui probidade, já que deixou os atos ímprobos vagamente definidos.

Assim sendo, foi instituída a Lei nº. 14.230/2021 com a finalidade de aprimorar e corrigir as aparentes falhas da legislação originária, com isso, sua redação e conteúdo material foi alterado como um todo, sobretudo, na necessidade de comprovação do elemento subjetivo dolo para tipificar o ilícito, o que limitou o rol de aplicação legislativa.

Contudo, surgiram algumas críticas acerca do afrouxamento e do enfraquecimento dos dispositivos legais por conta da ampliação de atuação dos agentes públicos que “poderiam” cometer condutas que ferem a probidade, honestidade e moralidade sem que sejam punidos por essa legislação considerando que não há mais a tipificação por conduta culposa.

Questionou-se acerca da possibilidade da retroação da Lei 14.230/2021 para beneficiar os agentes públicos ímprobos que já tiveram seus processos transitados em julgado. Assim sendo, o Supremo Tribunal Federal julgou o tema e determinou pela não retroação do texto normativo, considerando que, por mais que a LIA possua caráter sancionador, não se trata de lei penal, razão pela qual não poderá retroagir para beneficiar o agente.

A falta de uma disposição normativa mais aprofundada para os crimes de natureza culposa revela uma lacuna na legislação, comprometendo sua eficácia. Reconhece-se que atos culposos também possam causar danos à Administração Pública, portanto, a ausência de uma previsão clara e precisa desses atos e suas consequências pode enfraquecer a capacidade do sistema legal de responsabilizar os agentes públicos de maneira justa e equitativa.

Isto posto, uma previsão específica para práticas culposas que possam prejudicar a Administração Pública seria crucial para preencher tal lacuna. Isso permitiria uma aplicação mais consistente da norma, garantindo que os responsáveis por negligências e descuidos que resultem em danos ao erário ou ao interesse público sejam devidamente responsabilizados, mesmo na ausência de dolo.

Em relação à retroatividade da lei, a não retroação é justificada, vez que, mesmo sendo um direito administrativo sancionador, a aplicação retroativa de leis penais é incompatível com os princípios fundamentais do Estado de Direito da Administração Pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. Relatório final - COMISSÃO ESPECIAL DESTINADA A PROFERIR PARECER AO PROJETO DE LEI Nº 10.887, DE 2018, DO SR. ROBERTO DE LUCENA, QUE "ALTERA A LEI Nº 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992, QUE DISPÕE SOBRE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA". Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2028076>. Acesso em: 05 abr. 2024.

BRASIL. Constituição Da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília DF, 5 de out. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 de nov. 2023.

BRASIL. Lei 14.230 de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei 8.428 de junho de 1992 que dispõe sobre improbidade administrativa. Diário Oficial da União, Brasília DF, 25 out. 2021. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm>. Acesso em: 09 nov. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 25. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FERRACINI, Luiz Alberto. Improbidade administrativa: teoria, legislação, jurisprudência e prática. Campinas: Aga Juris Editora, 2001.

FIGUEIREDO, Marcelo. Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. 6º ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Daniel Castanha de. Sistemas de responsabilidade do direito administrativo sancionador: o art. 22, 3 da LINDB e a consolidação do princípio ne bis in idem. In: BARATA, Ana Maria Rodrigues; GONTIJO, Danielly Cristina Araújo;

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional. São Paulo: Malheiros, 2015.

Mello, Rafael Munhoz de. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador. São Paulo: Malheiros, 2007

NOHARA, Irene Patrícia D. Direito Administrativo. Barueri: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774289. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774289/>>. Acesso em: 08 nov. 2023.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. (Org.). Coleção de direito administrativo sancionador, volume 02: direito administrativo sancionador disciplinar. 1ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2021.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. Direito Administrativo. São Paulo: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559643042. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643042/>>. Acesso em: 08 nov. 2023.

SAMPAIO, Lucas Tomaz. Uma análise sobre a lei de improbidade administrativa: a mudança para a Lei nº 14.230/21 e o reflexo na punibilidade dos agentes públicos. 2022. Trabalho de conclusão de curso (bacharelado - Direito) - Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). Disponível em: <<http://repositorio.unirn.edu.br/jspui/handle/123456789/693>>. Acesso em: 03 abril. 2024.

SIQUEIRA, Aline Kety Maria. A retroatividade e a prescrição na lei de improbidade administrativa. 2023. Trabalho de conclusão de curso (bacharelado - Direito) - Universidade Federal de Pernambuco. Disponível em:

<<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/53973/4/TCC%20-%20Aline%20Kety%20Maria%20de%20Siqueira.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 843989. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento em 18/08/2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4652910>> Acesso em: 05 nov. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 843989. Voto Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento em 18/08/2022. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE843989LIA.pdf>> Acesso em: 09 nov. 2023.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ZARDO, Francisco. Nanoclass: "Retroatividade da Nova Lei de Improbidade Administrativa", com Francisco Zardo. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=5ZsISMYCjqA&t=275s>>. Acesso em: 13 out. 2024.

**CASTIGO DE PROMETEU: O DIREITO AO JULGAMENTO DE
MÉRITO FRENTE À PRESCRIÇÃO DA AÇÃO PENAL**

*PROMETHEUS' PUNISHMENT: THE RIGHT TO A TRIAL ON THE
MERITS IN THE FACE OF THE STATUTE OF LIMITATIONS ON
CRIMINAL PROCEEDINGS*

Isadora Serpe Motta¹
Matheus de Abreu Landuche²
Décio Franco David³

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar, por meio de estudos via dedução bibliográfica, a (im)possibilidade de um denunciado na esfera criminal, cuja punibilidade foi extinta pela prescrição da ação, pleitear um julgamento de mérito com o fito de comprovar sua inocência ante o fato delituoso lhe imputado. Busca-se também verificar o cabimento deste instituto no ordenamento jurídico penal, de modo que vise efetivar direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana. A justificativa para a pesquisa se alicerça em sua relevância social, eis que o acusado poderia ter sua inocência materializada perante uma autoridade judicial, permitindo com que sofra menos discriminação no âmbito social. Ademais, também justifica essa pesquisa a escassez de estudos acadêmicos quanto ao tema abordado. Tem-se por começo da análise de tal discussão uma breve explanação acerca da evolução histórica do instituto da prescrição penal, a fim de fornecer uma visão inicial geral a respeito desta causa excludente de punibilidade. Nesta mesma toada, o desenvolvimento do estudo se dá pela dissertação acerca do poder-dever estatal da responsabilização penal, dos prazos prescricionais, suas hipóteses de redução e aumento, causas suspensivas e interruptivas. Em consequente, passa-se então

¹ Aluna do 10º período do curso de Direito da FAE Centro Universitário. E-mail: isadorasmotta@gmail.com

² Aluno do 10º período do curso de Direito da FAE Centro Universitário. E-mail: matheus2002alternativo2@gmail.com

³ Orientador da Pesquisa. Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Professor da FAE Centro Universitário. E-mail: decio.franco@fae.edu

a aprofundar o estudo do instituto prescricional no que concerne a sua natureza jurídica e teorias doutrinárias que se empenham em embasar os fundamentos de sua existência. Subsequentemente, a partir das elucubrações teóricas anteriores, é feita a análise concreta da possibilidade ou não de um direito ao julgamento de mérito por parte dos acusados que tiverem sua punibilidade extinta pela prescrição, quando desejosos por provarem a sua real inocência. Parte-se então para o exame quanto ao cabimento de um eventual instituto assim descrito, tendo em vista sua natureza jurídica mista, além do meio adequado para tal pleito, qual seja a revisão criminal, e também faz-se importante a problematização quanto a superveniência de uma decisão condenatória nestes casos revisionais. Por fim, conclui-se que, apesar de dotada de certas problemáticas a serem possivelmente resolvidas, tal instituto seria plenamente possível de ser implementado no ordenamento jurídico brasileiro, buscando sempre a efetivação de direitos constitucionalmente resguardados.

Palavras-chave: Direito penal. Prescrição. Julgamento de mérito. Absolvição. Direitos fundamentais

ABSTRACT

The aim of this article is to analyze, through studies via bibliographic deduction, the (im)possibility of a criminal defendant, whose punishability has been extinguished by the statute of limitations, requesting a trial on the merits with the aim of proving his innocence in the face of the criminal fact imputed to him. It also seeks to verify the appropriateness of this institute in the criminal legal system, in a way that aims to give effect to fundamental rights such as the dignity of the human person. The justification for this research is based on its social relevance, since the accused could have his innocence proven before a judicial authority, allowing him to suffer less discrimination in the social sphere. This research is also justified by the scarcity of academic studies on the subject. The analysis of this discussion begins with a brief explanation of the historical evolution of the criminal statute of limitations, in order to provide an initial overview of this cause that excludes punishability. In the same vein, the study is developed through a dissertation on the state's duty to hold criminals accountable, limitation periods, their reduction and increase, and suspensive and interruptive causes. We then move on to study the statute of limitations in depth, in terms of its legal nature and the doctrinal theories that strive to support the foundations of its existence. Subsequently, based on the previous theoretical elucidations, a concrete analysis is made of the possibility or not of a right to a trial on the merits for defendants whose punishability has been extinguished by the statute of limitations, when they wish to prove their actual innocence. We then move on to examine the appropriateness of any such institute, in view of its mixed legal nature, as well as the appropriate means for such a claim, namely criminal review, and it is also important to problematize the

supervening of a conviction in these review cases. Finally, it is concluded that, although it has certain problems that need to be resolved, this institute would be fully possible to implement in the Brazilian legal system, always seeking to make constitutionally protected rights effective.

INTRODUÇÃO

O escopo do presente estudo ampara-se na análise da (im)possibilidade de um denunciado na esfera criminal, cuja punibilidade fora extinta pela prescrição da ação, reivindicar um julgamento de mérito, com o fito de comprovar sua inocência ante o fato delituoso lhe imputado. Busca-se investigar o cabimento deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a garantir a inviolabilidade de direitos fundamentais constitucionalmente resguardados, como, exemplificativamente, o direito à dignidade.

O ponto de vista pelo qual o tema será abordado parte do pressuposto de que seria possível levar a julgamento um acusado que teve sua punibilidade extinta pela prescrição, se este o requerer, a fim de ter comprovada em juízo a sua inocência. A justificativa para a empreitada se alicerça em sua relevância social, eis que permitiria que o indivíduo vivencie menos discriminação no âmbito social e nos meios em que está inserido. Além disso, há o fato de serem escassos os trabalhos acadêmicos a este respeito e, por se tratar de tema bastante relevante para o direito, uma vez que se coaduna diretamente com a ideia de justiça, é de extrema valia produzir conhecimentos inéditos nesta seara.

Almeja-se que o presente trabalho auxilie a aprimorar o sistema penal brasileiro, impedindo que indivíduos sofram desnecessariamente com uma acusação infundada. Para tanto, far-se-á no decorrer do texto uma comparação metafórica com o mito grego do titã Prometeu, condenado por Zeus a ter seu fígado comido por uma águia todos os dias. Isto porque, o sujeito que tem sua punibilidade extinta apenas pela prescrição, mas que se vê inocente, continua tendo seu caráter colocado em xeque diariamente por seus pares.

Tomou-se como objetivo geral a empreitada de analisar se é possível que um réu, após ter sua punibilidade extinta pela prescrição do delito, requerer que seja posto em audiência, a fim de conquistar uma sentença absolutória. Neste mesmo sentido, como objetivos específicos têm-se a explanação a respeito do histórico do instituto da prescrição, as teorias que o fundamentam e a sua natureza jurídica. Também busca-se realizar uma comparação entre o mito grego de Prometeu e o sofrimento vivido por estes indivíduos em sociedade, quais sejam aqueles que não tiveram sua inocência reconhecida judicialmente em razão da superveniência da prescrição penal.

O direito ao julgamento de um crime prescrito é uma questão complexa que envolve considerações morais, legais, históricas e práticas. Encontrar um equilíbrio entre a proteção dos direitos individuais e a necessidade de manter um sistema funcional é um desafio que os ordenamentos jurídicos enfrentam, uma questão que o presente trabalho pretende ajudar a elucidar.

A pesquisa a que se pretendeu se classifica como exploratória, sendo que adota como método e procedimento técnico a dedução bibliográfica, buscando em obras já existentes os fundamentos que justificam a possibilidade ou não de um direito ao julgamento de mérito. Dessa maneira, levando em conta a escassa discussão acadêmica neste mote, é que faz-se necessário uma pesquisa de maior peso em sede da matéria versada da doutrina penal nacional.

Apesar da notória importância merecida por tal estudo, a fim de garantir direitos constitucionalmente previstos, pouco se discorre no âmbito acadêmico acerca do direito do réu à jurisdição penal, frente a situações em que sejam reconhecidas extinções de punibilidade embasadas na prescrição. É imperioso aqui evidenciar o trabalho elaborado por Douglas Roberto Martins, ao passo em que dissertou a respeito da prescrição e do direito ao julgamento de mérito.

Nesta toada, o referido autor evidencia ao longo de sua obra a importância de uma verdadeira efetivação do direito do réu ao julgamento de mérito, quando por ele

assim o pleiteado, a fim de comprovar a sua condição de inocência. Em um ordenamento jurídico que reconheça essa possibilidade de pleito seria possível evitar grandes mazelas presentes no âmbito social, eis que o acusado não ficaria fadado eternamente a uma situação de incerteza quanto a sua responsabilidade penal aos olhos da sociedade.

Com o estudo pretendido no presente trabalho, espera-se obter como resultados conclusões que aprimorem o sistema processual penal brasileiro, na medida em que auxilie a ser devidamente instituído o direito ao julgamento de mérito, a pedido dos acusados em ações criminais prescritas. Somente assim ter-se-ia um sistema penal que preza pelos princípios que regem a estrutura constitucional do ordenamento jurídico pátrio.

Porquanto, para que se possa realizar uma discussão acerca da viabilidade do reconhecimento deste direito, faz-se necessário a prescrição na sua inteireza, seu procedimento, seus fundamentos e sua natureza jurídica. Sem um inicial entendimento teórico a respeito destes temas, pouco poderá ser extraído da dissertação que se pretende aqui realizar.

1 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRESCRIÇÃO

Com o intento de compreender o sentido teleológico e as respectivas mudanças do instituto da prescrição, cumpre, aprioristicamente, realizar um resgate histórico do seu desenvolvimento ao longo do tempo.

Em um primeiro momento, originária do latim *preaescriptio*, a prescrição era um mecanismo de defesa expendido preliminarmente à *demonstratio*, isto é, o ato de demonstrar. Isto significa que a prescrição consistia em um meio de advertir o magistrado que era impossível discutir o mérito dos fatos ante a sua presença (FERRARI, 1998, p. 01-03).

Em que pese a dificuldade de determinar precisamente, conforme narra a história, a primeira aparição do instituto foi na Roma Antiga. A *Lex Julia de Adulteriis* (1736 ou 1737 a.c.) determinava que aquele que cometera um adultério, estupro ou latrocínio não poderia mais ser sancionado após um prazo de 05 (cinco) anos (CUEVA, 1980, p. 12 *apud* GUARAGNI, 2008, p. 11). O prazo quinquenal, de acordo com os historiadores, correspondia às festividades lustrais que eram comemoradas nesse período, cujo foco das comemorações era a purgação do homem que condicionava seu perdão e, conseqüentemente, impossibilitava sua punição.

Com o passar dos anos, a razão civilística trouxe o entendimento de que a inércia do Estado exteriorizava seu desinteresse em sancionar o delinquente, mostrando-se irrazoável que o agente ficasse à mercê do arbítrio da vontade da autoridade. No mais, o decurso temporal já era o elemento fulcral para a caracterização da prescrição nas antigas civilizações.

Adiante, nos Séculos XVII e XVIII, a prescrição fora amplamente discutida na Itália, sendo imperioso destacar a concepção de Cesare Beccaria de que a prescrição não deveria existir em relação aos crimes hediondos, uma vez que funcionaria como uma espécie de prêmio à impunidade (FERRARI, 1998, p. 05-06). No entanto, no tocante aos crimes de menor potencial lesivo, Beccaria defendia o cabimento do instituto com a justificativa de que o cidadão não poderia sujeitar-se às incertezas de um processo movido pelo Estado por muito tempo, em se tratando de crimes de ínfima periculosidade.

Além de Beccaria, muitos juristas italianos eram críticos da prescrição sob o fundamento de que a possibilidade de sair impune alimentaria o criminoso de esperança e, para mais, impediria que a pena alcançasse sua finalidade retributiva. Contudo, o instituto foi aceito por várias civilizações à época, sendo também adotado pelo Direito Eclesiástico por meio do Código de Derecho Canónico, que fixou o prazo prescricional em 20 (vinte) anos (FERRARI, 1998, p. 06-07).

Partindo para o Século XX, a prescrição no processo penal ganhou maior relevância no Código Penal Alemão (1975), Italiano (1930), Português (1982) e Brasileiro (1940), importando destacar que a Alemanha foi pioneira em variar os prazos prescricionais conforme a gravidade do fato delituoso em 1871. Ainda, em 1930 a legislação italiana inovou ao dispor que o prazo prescricional deveria levar em conta as circunstâncias agravantes e atenuantes de pena (FERRARI, 1998, p. 08-10).

No Brasil, a primeira aparição do instituto ocorreu no Código de Processo Penal de 1832 e, inspirada pela legislação alemã, regulava o decurso temporal à maior ou menor gravidade do delito, que variava entre 01 (um), 03 (três), 06 (seis) e 10 (dez) anos, conforme segue:

Os prazos de um e três anos eram aplicáveis aos crimes e contravenções de julgamento definitivo dos juízes de paz, sendo o de um ano para os presentes e o de três para os ausentes, em lugar sabido. Para os delitos afiançáveis, o prazo era de seis anos, quando o delinquente estava presente, sem interrupção no termo da culpa. Para os mesmos crimes quando o agente estivesse ausente, em lugar conhecido, dentro do Império, o prazo passaria para dez anos, também de dez anos era o prazo prescricional para os delitos inafiançáveis, quando o delinquente estivesse no lugar da culpa (arts. 54, 55 e 56). (ANDRADE, 1979, p. 05).

Já no Código Penal brasileiro, a prescrição foi codificada somente em 1890, consagrando duas modalidades, a prescrição da ação e da pena, ambas com o prazo máximo de 20 (vinte) anos (GUARAGNI, 1997, p.15). Em 1940, o Código Penal foi novamente reformado, conferindo uma nova sistemática ao instituto com causas interruptivas e suspensivas, tipificado até hoje nos arts. 109 a 117.

Existem, hodiernamente, duas modalidades de prescrição criminal na legislação penal brasileira, sendo a prescrição da pretensão punitiva em abstrato e a prescrição da pena em concreto (GRECO 2008, p.730). A primeira, via de regra, é

contada da data de consumação do delito⁴, ao passo em que o termo inicial da segunda é o trânsito em julgado da sentença condenatória (SANTOS, 2006, p. 75-678). Inobstante, ambas as espécies prescricionais representam uma causa de extinção de punibilidade, com respaldo legal no art. 107, inciso IV, do Código Penal.

O corolário prático da prescrição como causa extintiva da punibilidade é que os magistrados deixam de analisar o mérito da causa, cingindo seu veredicto à mera indicação da prescrição ao caso concreto. Este evento, ao impossibilitar o réu de comprovar sua inocência, enseja expressivas consequências àquele que fora denunciado ou condenado injustamente.

2 NOÇÕES GERAIS DA PRESCRIÇÃO PENAL

2.1 O *IUS PUNIENDI* E O *IUS PUNITIONIS* COMO PODER-DEVER DE PUNIR

Viu-se que a prescrição penal é uma causa extintiva de punibilidade. Para mais, insta mencionar que a doutrina tradicional entende que a prescrição suprime o *ius puniendi* ou o *ius punishmentis* do Estado (BITENCOURT, 2009, p. 285). Sobre tal entendimento de que a execução penal é um direito estatal, importa reconhecer o ideário doutrinário contemporâneo, haja vista que o “Estado não é um detentor de direitos, é mero gestor de direitos alheios (dos indivíduos)” (BUSATO, 2020, p.23). Nesse sentido, à luz da concepção democrática, o Estado tem apenas deveres, cujos poderes para exercê-los se justificam apenas nas demandas, diretas e indiretas, provenientes de outros cidadãos (BUSATO, 2020, p. 830-831).

⁴ De acordo com o art. 111 do CP/1946, o termo inicial da prescrição antes de transitada a sentença condenatória corresponderá à (i) *data da consumação do delito*; (ii) *data em que cessou-se a atividade criminosa*, em se tratando de tentativa; (iii) *data em que cessou-se a permanência*, se crime permanente; (iv) *data em que o fato se tornou conhecido*, nos crimes de bigamia, falsificação ou alteração de assentamento do registro civil; ou, finalmente, à (v) *data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos* em crimes contra a dignidade sexual ou que envolvam violência contra a criança e o adolescente.

Tem-se, assim, a prescrição como “perda do poder-dever de punir por parte do Estado, seu titular, em razão do decurso do tempo, variável conforme a gravidade do delito” (REALE JÚNIOR, 2020, p. 386). A prescrição, partindo dessa premissa, idealiza a noção de que este poder-dever de punir deverá ser exercido dentro de um prazo razoável, uma vez que não seria aceitável que a ameaça de cumprir uma pena afligisse o cidadão *ad infinitum*. Pode-se dizer, doutra maneira, que a prescrição penal é a perda da viabilidade do exercício do poder-dever de punir, porque a pretensão punitiva “não pode eternizar-se como uma espada de Damócles pairando sobre a cabeça do indivíduo” (BITENCOURT, 2020, p. 987). Por derradeiro, serão exploradas, sucessivamente, diversas teorias que justificam seu fundamento.

2.2 DELITOS IMPRESCRITÍVEIS

Faz-se pertinente observar que existem dois delitos imprescritíveis no ordenamento jurídico brasileiro: o crime de racismo (art. 5º, inciso XLII, da CRFB/88) e os atos de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito (art. 5º, inciso XLIV, da CRFB/88 e Lei Federal n. 7.716/1989), sendo conveniente mencionar a PEC 45/2019 em trâmite que pretende tornar imprescritível os crimes de estupro e feminicídio. Salvo esses mencionados, todos os delitos tipificados na legislação são passíveis de prescrição.

2.3 DO PRAZO PRESCRICIONAL PROPRIAMENTE DITO

O art. 109 do Código Penal determina o lapso temporal prescricional da pretensão punitiva com base na pena cominada ao delito. Veja-se:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:
I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

- II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;
III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;
IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;
V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;
VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

O cálculo deverá recair sobre a pena em abstrato máxima para cada tipo de infração penal, coadunando, conseqüentemente, com a gravidade do fato delituoso. A partir do retro mencionado texto legal, elaborou-se a seguinte tabela a fim de elucidar a redação do art. 109 do CP/1946:

TABELA 1 - Prazos Prescricionais

Pena máxima prevista	Prazo Prescricional	Inciso
Pena superior a 12 anos	20 anos	I
Pena superior a 08 e até 12 anos	16 anos	II
Pena superior a 04 e até 08 anos	12 anos	III
Pena superior a 02 e até 04 anos	08 anos	IV
Pena superior a 01 e até 02 anos	04 anos	V
Pena inferior a 01 ano	03 anos	VI

Fonte: Os autores, 2024.

Importa mencionar que as penas mais leves prescrevem com as mais graves (art. 118) e, no caso de concurso material de crimes, disciplinado pelo art. 69 do CP/1946, a extinção da punibilidade incidirá sob a pena de cada um isoladamente (art. 119).

Por outro lado, o artigo 110 o mesmo diploma legal trata de regradar a prescrição da pretensão executória, na medida em que determina que devem obedecer aos mesmos prazos do artigo 109, já explicados acima.

Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória **regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior**, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. (grifo nosso)

Também existem algumas hipóteses de redução e aumento do prazo, e causas suspensivas e interruptivas, as quais merecem especial atenção.

2.4 HIPÓTESES DE REDUÇÃO E AUMENTO DO PRAZO PRESCRICIONAL

O art. 115 do Código Penal, por razões político-criminais, disciplina a redução pela metade do prazo prescricional da pretensão punitiva e executória quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.

A justificativa para a redução em relação aos menores de 21 anos está enraizada em princípios que envolvem tanto a natureza do desenvolvimento humano quanto as funções do sistema jurídico:

“A imaturidade daqueles que ainda não estão com a sua personalidade completamente formada, como acontece com aqueles que estão saindo da adolescência e entrando na fase adulta, pode conduzir à prática de ilícitos impensados.” (GRECO, 2008, p. 741-742).

Com relação aos idosos, a redução do prazo se justifica por uma aglomeração de fatores sociais, legais e éticos que reconhecem as especificidades da idade avançada e a consequente necessidade de uma tratativa diferenciada, englobando os aspectos de humanização do direito penal e valorização da dignidade da pessoa humana na (SANTOS, 2006, p. 29-30).

Como bem ilustra Juarez Cirino dos Santos, sucintamente, o fundamento da redução é “o insuficiente desenvolvimento psicossocial de agente menor de 21 anos, na data do fato, ou a degeneração psíquica de agente maior de 70 anos, na data da sentença” (SANTOS, 2006, p. 681).

Existe ainda a possibilidade de aumento do prazo prescricional em $\frac{1}{3}$ no caso reincidência do agente, consoante a segunda parte do art. 110 citado alhures, refletindo a necessidade de uma resposta penal mais contundente para aqueles que reiteram os comportamentos criminosos.

2.5 CAUSAS SUSPENSIVAS

As causas suspensivas, ou impeditivas, são aquelas que sustam o prazo, o qual voltará a correr a partir do momento em que fora obstado pelo prazo temporal restante (BITENCOURT, 2020, p. 839-844). Não é outro o entendimento do doutrinador Paulo César Busato:

Nas hipóteses de suspensão, o prazo é suspenso, e quando retomado, desconta-se aquele anteriormente computado. Ou seja, deixa-se de contar o prazo prescricional durante a duração da causa prejudicial, retomando-se, após sua cessação, do ponto em que a contagem foi suspensa. (BUSATO, 2020, p. 840).

As hipóteses suspensivas estão tipificadas no rol do art. 116 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 116. Antes de passar em julgado a sentença final, **a prescrição não corre:**

- I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;
 - II - enquanto o agente cumpre pena no exterior;
 - III - na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis; e
 - IV - enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal.
- (grifos nossos)

De acordo com o doutrinador Rogério Greco, “o tempo anterior é somado ao tempo posterior à cessação da causa que determinou a suspensão do curso do prazo prescricional” (GRECO, 2008, p. 742).

2.6 CAUSAS INTERRUPTIVAS

Já a interrupção nada mais é que a reiniciação do prazo, propiciando, por conseguinte, nova contagem. Rogério Greco ministra que “as causas interruptivas têm o condão de fazer com que o prazo, a partir delas, seja novamente reiniciado, ou seja, após cada causa interruptiva da prescrição deve ser procedida nova contagem do prazo” (GRECO, 2008, p. 745-746). As hipóteses interruptivas, por sua vez, estão enumeradas no rol taxativo do art. 117 do Código Penal, *in litteris*:

Art. 117. O curso da prescrição **interrompe-se**:
I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa;
II - pela pronúncia;
II - pela decisão confirmatória da pronúncia;
IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;
V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena;
VI - pela reincidência.
(grifos nossos)

Ressalvados os casos dos incisos V e VI, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime, além de que, nos crimes conexos, os quais sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles. Ademais, quanto à natureza das causas interruptivas, assim ilustra Miguel Reale Júnior:

Dessa forma, como acentua REALE FERRARI, justifica-se que o recebimento da denúncia, a decisão de pronúncia, e a sentença condenatória interrompam a prescrição, pois são demonstrações da atuação estatal em busca da efetividade do poder-dever de punir o delito, que não restou esquecido, em

resposta à ansiedade da sociedade por uma reafirmação do valor desrespeitado. (REALE JÚNIOR, 2020, p. 392-393).

A suspensão e interrupção do prazo prescricional são primordiais para evitar a impunidade, impedindo que lacunas temporais impossibilitem a responsabilização do agente pela prática do ilícito. Assim, finda a contextualização inicial do instituto da prescrição da ação penal, parte-se para um estudo aprofundado atinente à sua natureza jurídica e seus respectivos fundamentos teóricos.

3 FUNDAMENTOS DA PRESCRIÇÃO DA AÇÃO PENAL

No que concerne aos fundamentos do instituto da prescrição, Eduardo Reale Ferrari relata a existência de nove principais teorias presentes na doutrina nacional, quais sejam: a) *teoria do esquecimento*; b) *teoria da expiação do criminoso*; c) *teoria da piedade*; d) *teoria da dispersão das provas*; e) *teoria da emenda*; f) *teoria psicológica*; g) *teoria orientada por princípios de política-criminal*; h) *teoria da presunção da negligência*; e i) *teoria da exclusão do ilícito* (FERRARI, 1998, p. 25-36). Passa-se então a descrevê-las.

3.1 TEORIA DO ESQUECIMENTO

A teoria do esquecimento parte da premissa de que a sociedade olvidar-se-ia do delito com o passar do tempo, “sua consequência é a extinção ou a atenuação da inquietude, do alarme social e do desejo de satisfação do ofendido.” (FERRARI, 1998, p. 25-26).

Vincula-se diretamente à prevenção geral negativa da pena, na medida em que o passar do tempo acarretaria, paulatinamente, no esquecimento do fato delituoso pela sociedade e, porquanto, a pena perderia uma de suas finalidades. “[...] o decurso do tempo havido desde a prática do delito sem a devida condenação e a respectiva

execução desta, faz com que o crime seja esquecido pela sociedade, inexistindo interesse a ser protegido.” (MACHADO, 2000, p. 89).

Nas palavras de Ortolan, a teoria do esquecimento consiste na “[...] obra inexorável do tempo, que, extinguindo a lembrança do delito, faz cessar o direito de punir.” (ORTOLAN *apud* FERRARI, 1998, p.26). Para mais, Bitencourt também leciona sobre o tema:

Se o alarme social é que determina também a intervenção do Estado na repressão dos crimes, **quando decorreu determinado período de tempo da prática do próprio crime sem que tenha sido reprimido, o alarme social desaparece pouco a pouco e acaba apagando-se, de tal modo que provoca a ausência do interesse que fez valer a pretensão punitiva.** (BITENCOURT, 2020, p. 989)
(grifo nosso)

Aos adeptos dessa teoria, a prescrição penal está relacionada à ideia de que, com o passar do tempo, a eficácia da punição diminui porque o ânimo social em punir o criminoso não mais existe e a imposição punitiva traria demasiada insegurança à sociedade já apaziguada.

3.2 TEORIA DA EXPIAÇÃO MORAL DO CRIMINOSO

A teoria da expiação define que a sujeição do acusado ao processo, quando demasiadamente estendida no tempo, seria uma sanção suficiente e satisfatória ao crime cometido. Dessa maneira, a imposição de um processo e a longa espera do julgamento do certame “fazem com que o arguido medite sobre sua conduta, havendo um momento de reflexão que dispensaria eventual punição, a justificar por esse motivo a extinção da punibilidade por meio da prescrição.” (FERRARI, 1998, p. 27).

Denota-se que existem diversas críticas concernentes à teoria da expiação do criminoso, uma vez que tal tese não tem respaldo *in concreto*, fulcrando-se apenas mera presunção duvidosa acerca da reflexão do acusado sobre o mal outrora praticado. Nesta seara, Carrara entendia o arrependimento como “uma abstração

filosófica, uma presunção falha, que não possui razão jurídica em si mesma.” (CARRARA *apud* FERRARI, 1998, p. 28).

3.3 TEORIA DA PIEDADE

Segundo a teoria da piedade, o lapso temporal faria com que a sociedade adquirisse certa compaixão pelo acusado, não se exigindo a reafirmação da norma violada. Trata-se de uma noção subsidiária à teoria do esquecimento. “[...] os temores, as ânsias, e as agonias podem ter flagelado o réu por certo tempo, [...], sobrevivendo-lhe suficiente expiação, podendo-se afirmar que este flagelo é equivalente a uma pena.” (MACHADO, 2000, p. 93).

No entanto, a teoria da piedade é alvo de críticas, *in litteris*:

Embora louvável a compaixão em um mundo tão individualista e perverso, entendemos que, para efeitos de prescrição da ação, **o Estado não pode perder o poder-dever de punir em face do decurso do tempo, apenas com base no sentimento de dó [...]** (FERRARI, 1998, p. 28).

Compreende-se que a não punibilidade resultaria na concessão de uma anistia ou graça, mostrando-se desrazoável justificar a falta de sanção pelo simples perdão.

3.4 TEORIA DA DISPERSÃO DAS PROVAS

A teoria da dispersão de provas parte do princípio que a prova produzida em atraso torna-se fragilizada demais para suportar uma condenação criminal (BUSATO, 2020, p. 835), atrelando-se à incerteza dos fatos em relação ao decurso do tempo.

O lapso temporal impede a lembrança dos fatos e dificulta a persecução processual. Há décadas, estudos demonstram as inúmeras falhas às quais as memórias estão sujeitas e existem diversos fatores que a influenciam de maneira significativa, o que pode culminar em uma condenação injusta. “A defesa do acusado

torna-se mais precária, sendo manifesta a larga probabilidade de erro.” (MACHADO, 2000, p. 96).

No tocante aos críticos dessa teoria, insta ressaltar o entendimento de Eduardo Reale Ferrari de que o fundamento da prescrição não pode se alicerçar unicamente na dispersão das provas, tendo em vista que a dubiedade material poderia ensejar a absolvição do acusado com fundamento do princípio *in dubio pro reo* (FERRARI, 1998, p. 27). Para o autor, o *in dubio pro reo* seria a melhor solução nesse caso por relacionar-se mais à incerteza das provas que ao tempo transcorrido.

3.5 TEORIA DA EMENDA

Para essa teoria o tempo interfere substancialmente no comportamento do criminoso e possibilita sua adequação (FERRARI, 1998, p. 31-32). Aos defensores da teoria da emenda, a inexistência de reiteração delituosa no lapso temporal denotaria que a razão da pena já não se justificaria porque a finalidade de ressocialização foi consubstanciada.

A teoria da emenda, todavia, também é alvo de críticas pela doutrina criminal majoritária. Para Eduardo Reale Ferrari, *exempli gratia*, “[...] o tempo, por si só, não garante a emenda do agente. Compreendida como presunção *juris et de jure*, a emenda é um fato que não pode ocorrer, a ser arriscada qualquer prognose” (FERRARI, 1998, p.32)

3.6 TEORIA PSICOLÓGICA

A teoria psicológica, conforme ensina Paulo César Busato, defende que o criminoso se altera psicologicamente com o decorrer do tempo, passando a ser uma outra pessoa, o que enseja a sua não-punição (BUSATO, 2020, p. 834-835).

Noutros termos, a motivação “toma por base as alterações psíquicas do culpado entre a data do fato e da inflição da pena, de modo que “outro” seria o indivíduo a quem se impõe a pena.” (GUARAGNI, 1997, p. 22).

Nas palavras de Ferrari, a teoria psicológica é “absurda e falível” porque pode resultar em intranquilidade social. Ferrari argumenta que tal premissa é uma “fantasia otimista” de acordo com os ensinamentos de Costa e Silva (FERRARI, 1998, p. 32-33).

3.7 TEORIA ORIENTADA POR PRINCÍPIOS DE POLÍTICA-CRIMINAL

Ao seu turno, essa teoria se embasa em critérios políticos para justificar a não punição do agente após determinado lapso temporal. “Firma a doutrina forte posição de que a prescrição penal é um modo político de extinção da ação, e quanto à prescrição da pena, diz-se que a mesma se baseia num critério de oportunidade política.” (MACHADO, 2000, p. 97).

Nessa conjuntura, logo em seguida à prática de um crime a sociedade exige a imediata reafirmação do ordenamento jurídico diante do fato típico, antijurídico e culpável. Passados alguns anos, todavia, a sociedade deixa de lado o anseio punitivista porque percebe que não existe mais carecimento de combater a criminalidade (FERRARI, 1998, p. 33-34). Sendo assim, a sanção tornaria-se, em tese, prescindível.

3.8 TEORIA DA PRESUNÇÃO DA NEGLIGÊNCIA

Consiste no entendimento de que o infrator não é penalizado por culpa dos operadores do Estado. A justificativa da prescrição nada mais é do que “[...] a

constatação da inércia por parte das autoridades incumbidas do *ius persecuendi*” (FERRARI, 1998, p. 34).

A inércia estatal, que se mostra negligente para com as normas jurídicas violadas, seria a afirmação de que não há mais interesse na punição do infrator. Ferrari, contudo, expõe as mazelas dessa corrente teórica: “[...] não se pode atribuir culpa ao Estado quando é sabido que inúmeros crimes sequer chegam ao conhecimento dos órgãos estatais [...]” (FERRARI, 1998, p. 34). Este é o mesmo entendimento narrado por Miguel Reale Júnior:

Se o Estado tem este poder-dever, e cumpre atuar em defesa da sociedade para reafirmar o valor tutelado pela lei, mas afrontado pelo delito, e não o faz em determinado tempo, conforme a gravidade do crime praticado, falece-lhe a possibilidade de exercitar este poder, sendo penalizado pela inércia. (REALE JÚNIOR., 2020, p. 387).

Ferrari, ainda, entende que o legislador, ao criar obstáculos para análise da persecução, impõe dificuldades para a punição - “A partir do pressuposto de que muitas vezes constitui impossível a busca de uma prova ou mesmo exíguo o tempo fixado para a punição, paradoxal seria atribuir culpa aos agentes do Estado” (FERRARI, 1998, p. 34-35).

3.9 TEORIA DA EXCLUSÃO DO ILÍCITO

A teoria da exclusão do ilícito relata que a lesão ao bem jurídico tutelado seria recuperada ou anulada com o lapso temporal, consubstanciando-se na ideia de que “o tempo interfere na ilicitude material da conduta” (FERRARI, 1998, p. 36), uma vez que o fato típico, antijurídico e culpável não mais tem relevância social.

Eduardo Reale Ferrari entende que por essa teoria algumas condutas tipificadas no ordenamento tornaram-se criminalmente insignificantes, havendo uma “ab rogação branca” (FERRARI, 1998, p. 35-36), como o que ocorre com o “jogo do bicho” no Brasil, a título de exemplo. Já Fábio Guedes de Paula Machado disserta

que: “[...] o bem jurídico efetivamente lesado deixa de ter relevância social, impondo-se o esquecimento do delito e sua punição, justificando-se assim a incidência da prescrição.” (MACHADO, 2000, p. 99).

3.10 POSICIONAMENTOS A RESPEITO DAS TEORIAS

Ulteriormente à uma análise minuciosa de cada vertente, tem-se por inferência que todas as teorias que fundamentam a prescrição são passíveis de crítica pela doutrina: uma única teoria isolada é insuficiente para justificar a existência do instituto da prescrição da ação penal.

Ferrari, por sua vez, defende uma admissão híbrida de três teorias, quais sejam: esquecimento, dispersão de provas, e político-criminal (FERRARI, 1998, p. 38). Por outro lado, Salgado Martins agrega um conjunto de teorias para fundamentar a existência da prescrição, quais sejam, a teoria do decurso do tempo, do esquecimento, da dispersão das provas, da expiação, da emenda, e, por fim, a teoria da presunção de negligência estatal (MACHADO, 2000, p. 101).

Adiante no estudo, é imperioso compreender além dos fundamentos da prescrição, a sua natureza jurídica, eis que ambos cruciais para entender a viabilidade de um eventual direito ao julgamento de mérito.

4 NATUREZA JURÍDICA DA PRESCRIÇÃO DA AÇÃO PENAL

A discussão acerca da natureza jurídica da prescrição diz a respeito de um tema ainda nada pacificado na doutrina brasileira (MACHADO, 2000, p. 132), posto que há aqueles que defendem tratar-se de uma natureza material, e outros que argumentam a sua natureza processual.

Para aqueles que dissertam acerca de uma natureza material da prescrição, esta existiria pois o lapso temporal eximiria a necessidade do castigo e da necessidade de punição, ensejando assim a extinção da punibilidade. Já aqueles

doutrinadores que defendem a existência de uma natureza jurídica processual, esta se daria em razão de que o lapso temporal decorrido tornaria mais frágil a certeza que precisa ser fornecida pelo conjunto de provas presentes no processo. Neste sentido leciona Paulo César Busato:

Em geral, as diferentes opiniões apontam em dois sentidos: uma entendendo existir um fundamento jurídico-material para a prescrição, uma vez que a passagem do tempo eliminaria a necessidade do castigo e a própria exigência de punição, o que justificaria a cessação da pretensão de punibilidade; outra, de ordem jurídico-processual, no sentido de que a passagem do tempo enfraquece a certeza que pode oferecer o acervo probatório. (BUSATO, 2020, p. 834)

Surge da batalha travada entre essas duas correntes teóricas uma terceira alternativa, a de uma natureza jurídica mista da prescrição, tanto de direito material como de direito processual (GUARAGNI, 1997, p. 40-42). A corrente teórica mista, ao entender aqui posteriormente defendido, garantiria viabilidade a um direito ao julgamento de mérito, conforme será explorado em seguida.

4.1 CORRENTE JURÍDICO-MATERIAL

Prefacialmente, é necessário descrever o entendimento dos doutrinadores que defendem a prescrição como um instituto de direito material, à proporção de que esta representaria uma renúncia do Estado à sua pretensão punitiva e a sua potestade em castigar os infratores da norma penal. “Não só impede o processo, senão também extingue o direito de punir. Como prescrição do direito, e não mera prescrição da ação, ela pertence, por sua matéria e natureza, [...] ao Direito Material.” (MACHADO, 2000, p. 135).

Assim sendo, segundo os juristas adeptos desta corrente teórica, a prescrição não somente incidiria sobre a persecução processual, mas também extinguiria o próprio *ius puniendi* estatal, em seu caráter de poder-dever.

4.2 CORRENTE JURÍDICO-PROCESSUAL

Em consequente, há aqueles que são adeptos da ideia de que a prescrição seria elemento exclusivo de direito processual, eis que conduz a extinção do processo, servindo como um obstáculo a ele. “Portanto, a maioria dos autores pesquisados, [...], firmam o convencimento no fato de que a prescrição não se opera como uma causa de exclusão da pena, mas sim como um impedimento processual, que obsta a formação deste, [...]” (MACHADO, 2000, p. 137).

Adotando então elementos da supramencionada “teoria da dispersão das provas”, alguns doutrinadores dissertam que o decurso do tempo debilita as provas do fato punível, em contrariedade a necessidade de provas frescas e eficiente exigidas para uma boa administração da justiça, fortalecendo, destarte, a tese de que a prescrição seria puramente processual (MACHADO, 2000, p. 137).

4.3 CORRENTE MISTA OU ECLÉTICA

Finalmente, em contraposição às outras duas correntes teóricas anteriormente explanadas, surge uma terceira via que entende a prescrição como um instituto misto, tanto pertencente ao direito material como ao direito processual. Esta parcela da doutrina explica que assim o é pois ela não somente extingue a pretensão punitiva do Estado, servindo como uma causa de exclusão da pena, como também extingue o direito de persecução penal, impedindo a punibilidade do fato, tomando caráter de impedimento processual (MACHADO, 2000, p. 140). Já o professor Eduardo Reale Ferrari relata que:

Corrente mista é a que justifica a prescrição do procedimento criminal, quer por razões substantivas - ligadas aos fins das sanções e a sua influência no decurso do tempo, bem como secundariamente ligada à teoria do crime porquanto se refere à ilicitude e à culpabilidade - quer por razões objetivas - ligadas ao enfraquecimento e incertezas das provas obtidas após longo transcurso temporal. (FERRARI, 1998, p. 19)

Neste mesmo diapasão, sustenta-se que seria o fundamento da prescrição que garantiria seu viés de natureza material, ao mesmo tempo em que o direito positivado lhe conferiria o caráter processual, eis que trata-se de um requisito processual negativo. É a partir deste entendimento que alicerçar-se-á a defesa da possibilidade de pleito por um julgamento de mérito em casos de crimes já prescritos (MACHADO, 2000, p. 140-141).

5 DA (IM)POSSIBILIDADE DO JULGAMENTO DE MÉRITO DA AÇÃO PENAL PRESCRITA

O julgamento de mérito refere-se à análise das provas e fatos para determinar se o réu é culpado ou inocente em relação às acusações lhe imputadas na denúncia ou na queixa-crime. Via de regra, quando a ação penal prescreve, a matéria não é analisada e o processo é extinto sem exame do mérito, tendo em vista que, ainda que manifestamente culpado, o réu não será punido em razão da presença da referida causa extintiva, a qual pode ser arguida e reconhecida a qualquer tempo (art. 61, CPP) por tratar-se de matéria de ordem pública (NUCCI, 2024, p.180).

É sabido que a prescrição no direito penal é uma forma de garantir a estabilidade das relações sociais e segurança jurídica, permitindo que, após determinado prazo, o Estado não possa mais punir um indivíduo. Essa regra é essencial para evitar que acusações infundadas perdurem indefinidamente, mas, simultaneamente, suscita questões éticas e jurídicas quando se trata da inocência do réu. O fato de a ação penal ter prescrito não necessariamente implica que o réu é culpado - muitas vezes, isso pode ocorrer por questões formais ou falhas no processo investigativo.

Em alguns casos, não obstante, o réu pode ter interesse em que a matéria seja julgada, mesmo que decorrido o prazo prescricional, a fim de obter uma declaração formal de sua inocência, o que pode ter significativas repercussões sociais e pessoais.

A busca pela verdade e a preservação da dignidade do réu são argumentos consideráveis à realização de um julgamento de mérito, mesmo diante da prescrição.

Muitas vezes o acusado que tem a sua punibilidade extinta em razão da ocorrência da prescrição ainda continua sendo mal visto por parte dos seus pares na sociedade e nas comunidades em que habita, haja vista que nunca fora realmente absolvido. Tal cenário pode causar demasiado sofrimento e mal estar ao acusado, eis que, apesar de desejoso em comprovar a sua inocência para todos, não possui os meios legais para realizá-lo, em razão da extinção de sua punibilidade.

Com o intuito de realizar uma lúdica analogia, aqui compara-se o tormento experimentado por estes indivíduos supracitados ao mito grego do titã Prometeu. As lendas helênicas relatam que o titã, sentindo compaixão pela simplicidade dos homens mortais, roubou o fogo do Monte Olimpo e o ofereceu como um presente aos humanos, para que assim pudessem afugentar animais hostis, cozinhar alimentos, trabalhar os metais, e assim por diante.

Ao tomar conhecimento de tal desventura, Zeus, o rei dos deuses, irado, decide castigar Prometeu por sua delinquência. Assim, determinou que o titã fosse acorrentado a uma rocha, e, todos os dias, passou a enviar uma águia, incumbida de devorar o fígado de Prometeu. Ao final de cada dia a águia partia, mas o ladrão, pelo ser imortal que era, continuava vivo, e, no dia seguinte, o castigo voltava a se repetir.

Em “Prometeu Acorrentado”, assim narra o clássico autor grego, Ésquilo: “Se me calo, não é por orgulho, ou desprezo; mas o furor devora minha alma quando me vejo preso a esta rocha.” (ÉSKUILO, 2024, p. 24). Este é o mesmo sentimento experienciado pelos inocentes que não conseguem obter uma sentença absolutória em razão da eventualidade da prescrição, haja vista que eles são forçados a viver todos os seus dias sob a foice de um castigo interminável: o julgamento de uma sociedade que desconfia de seu caráter.

Nessa toada, a possibilidade de um julgamento de mérito é tida como uma oportunidade de reabilitação para o réu, e a declaração de sua inocência, em contextos onde a prescrição se concretizou, funcionaria como um mecanismo de reparação, auxiliando-o a restaurar sua dignidade e sua honra tanto objetiva quanto subjetiva.

5.1 VIABILIDADE E IMPLICAÇÕES LEGAIS

A fim de verificar se é possível a existência de um instituto de julgamento após ocorrida a prescrição, é imprescindível entender qual seria sua natureza jurídica. É neste momento que se faz útil as anteriores explicações acerca dos fundamentos da prescrição e o caráter de sua natureza.

Parte-se então do pressuposto de que certamente a prescrição penal tem um viés de direito processual, eis que o direito positivado no ordenamento jurídico nacional lhe atribui essa característica, estabelecendo-a como um requisito processual negativo, que obsta o procedimento da ação (MACHADO, 2000, p. 140-141). Entretanto, caso a prescrição fosse meramente processual, não seria possível defender a existência de um direito ao julgamento de mérito, na medida em que se trataria apenas de um instrumento procedimental e ritualístico.

Em contrapartida, como anteriormente mencionado, Salgado Martins defende a existência de um conjunto de teorias que pautam a fundamentação da prescrição no sistema jurídico brasileiro, estando entre essas a teoria da presunção de negligência por parte do Estado (MACHADO, 2000, p. 101).

Neste sentido, tomando por eixo a *teoria da presunção de negligência*, entende-se que um dos possíveis fundamentos da prescrição é a perda do *ius puniendi* por parte do Estado (TOURINHO FILHO, 2009, p. 578), em razão de sua inércia e ineficiência ao garantir a devida persecução penal em tempo hábil. Portanto, tendo em vista que este critério fundamentador da prescrição certamente é um dos

que a alicerçam no sistema jurídico brasileiro, atribui-se também a ela um caráter de direito material, eis que se coaduna com a noção de perda do poder-dever estatal em punir os infratores da lei penal.

Assim sendo, ao estabelecer que a prescrição é dotada de natureza mista, portadora de caráter tanto de direito material como de direito processual, é possível então defender a possibilidade jurídica do direito a um julgamento de mérito frente a prescrição em razão de inércia do Estado. Tal posicionamento aqui adotado se deve ao fato de que o acusado não deve arcar com as mazelas do julgamento da sociedade, em razão da insuficiência estatal. Não pode ser punido em razão de um Estado que não conseguiu dar fim à persecução penal dentro do prazo legalmente estipulado, não chegando nem a uma condenação e, tampouco, a uma absolvição em tempo hábil.

Em síntese, em razão da natureza mista (material e processual) que se observa na prescrição, já que além de impedir o prosseguimento processual também extingue o *ius puniendi* do Estado, torna-se possível defender a existência de um direito do acusado ao seu julgamento. Tal conclusão se dá em favor da defesa do direito à dignidade que o acusado detém, não podendo sofrer eternamente um julgamento, devendo ser garantido a ele a possibilidade de tentar ratificar em juízo a sua inocência, cedida por uma sentença absolutória mesmo que já decorrido o prazo prescricional.

Cabe o apontamento de que o artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB/88 estabelece o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, *in litteris*: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Sendo assim, nenhuma lei ou ato do poder público pode impedir o acesso do cidadão ao Judiciário para buscar a proteção de seus direitos. Um Estado Democrático de Direito tem o dever de garantir que os cidadãos tenham meios efetivos para fazer valer seus direitos e garantias perante os tribunais, segundo os ensinamentos do professor Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, 2019).

5.2 INSTRUMENTO PROCESSUAL CABÍVEL

Ante o expedido, discutir o meio processual para pleitear um julgamento de mérito em uma ação penal já prescrita envolve uma análise pormenorizada dos instrumentos jurídicos disponíveis e das implicações que essa ação pode vir a ter.

Em se tratando de matéria criminal, num primeiro momento cogita-se a possibilidade de impetrar um *habeas corpus* com alicerce no art. 647, *caput*, c/c 648, inciso I, ambos do Código de Processo Penal de 1941.

Art. 647. Dar-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.[...]

Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:
I - quando não houver justa causa; [...]

O remédio constitucional, *in casu*, representaria um instrumento repressivo contra uma acusação ou condenação injustificada. Sua natureza célere e informal permitiria que o agente buscasse a proteção dos seus direitos eficaz e rapidamente. No tocante à legitimidade ativa, o *habeas corpus* “pode ser impetrado por qualquer pessoa, inclusive pelo próprio beneficiário, tenha ou não capacidade postulatória” (TOURINHO FILHO, 2009, p. 623), abdicada aliás a outorga de procuração ao defensor se o impetrante for advogado.

De maneira sucinta, “poderá o *habeas corpus* ser impetrado pelo maior ou menor, nacional ou estrangeiro” (TOURINHO FILHO, 2009, p. 623-624). Sendo assim, entende-se que este não seria o meio mais eficaz para reivindicar um julgamento de mérito pela complexidade jurídica do instituto da prescrição, a qual não se harmoniza com o *jus postulandi* da parte.

Sem embargo, considerando que o objetivo de um julgamento de mérito da ação prescrita é a declaração de inocência do agente, parece pertinente pleiteá-la

através de um recurso processual similar à ação declaratória do Código de Processo Civil de 2015, prevista nos arts. 19 e 20, *in verbis*:

Art. 19. O interesse do autor pode limitar-se à declaração:

- I - da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica;
- II - da autenticidade ou da falsidade de documento.

Art. 20. É admissível a ação meramente declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito.

Urge-se daí a alternativa da revisão criminal, ação autônoma, como meio mais oportuno de rever o processo prescrito, cujo rol de cabimento é apreciado nos incisos do art. 621 do Código de Processo Penal, conforme segue:

Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

- I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;
- II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;
- III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Para Guilherme de Souza Nucci, a revisão criminal “tem alcance maior do que o previsto na legislação ordinária, adquirindo, igualmente, o contorno de garantia fundamental do indivíduo, na forma de remédio constitucional contra injustas condenações”. O penalista complementa: “Eis que é uma ação *sui generis*, onde não há parte contrária, mas somente o autor, questionando um erro judiciário que o vitimou.” (NUCCI, 2024, p. 1213-1214).

Frisa-se que o art. 626 do CPP/1941 determina que, julgada procedente a revisão criminal, o juiz poderá absolver o réu, sendo que a absolvição implicará no restabelecimento de todos os direitos perdidos em virtude da condenação (art. 627), podendo o réu, inclusive, ter direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos (art. 630).

Pelo exposto, tem-se que este instrumento é o ideal para postular o julgamento da ação prescrita, vez que permite buscar um reexame do mérito fundamentado em novas evidências, identificação de inexatidão e falhas probatórias, e a comprovação da inércia estatal em garantir a efetivação da persecução penal, cooperando para a afirmação da justiça e a proteção dos direitos individuais.

5.3 JUSTIÇA EM PARADOXO: O RISCO DE CONDENAÇÃO

Um dos aspectos mais polêmicos dessa discussão é o risco de que um julgamento de mérito em um caso já prescrito resulte em uma condenação. Se o magistrado, em um contexto onde a ação penal já não poderia ser perseguida, decidir pela culpabilidade do réu, gerar-se-ia uma situação paradoxal e profundamente injusta. Interpreta-se que a condenação, nesse cenário, não teria efeitos práticos em termos de punição, mas poderia impactar severamente a vida do réu, conferindo-lhe estigmas sociais e profissionais.

Ainda assim, vale ressaltar que o estudo parte da conjuntura que, ao solicitar que seja posto em julgamento, o agente tenha provas valorosas que atestem a atipicidade, licitude ou excludente de culpabilidade da conduta, de modo que o risco de condenação seja ínfimo em face da persuasividade dos indícios probatórios arguidos para sua absolvição.

De mais a mais, mesmo que o juiz não seja convencido da inocência do réu, o princípio da *reformatio in pejus* (art. 617, CPP), atuando como uma salvaguarda na esfera do direito penal e processual penal ao regulamentar a “proibição de piorar a situação do réu, em recurso exclusivo deste” (CARVALHO, 2014, p.190), garantirá que a revisão da sentença não lhe ocasione prejuízos adicionais. Assim sendo, eventual condenação não teria qualquer efeito prático, de tal modo que deve-se pautar sempre pelo melhor cenário ao acusado, que não poderia ser sancionado.

Mesmo que a questão esteja sendo problematizada, é importante acentuar que o assunto demanda estudos mais aprofundados, que vão além dos limites deste artigo. A complexidade do tema sugere a necessidade de uma investigação contínua e mais detalhada, motivando sua exploração em futuros trabalhos de modo a contribuir mais significativamente para sua sensibilização.

CONCLUSÃO

A pesquisa a que se pretendeu buscar verificar a viabilidade jurídica de um acusado, que teve sua punibilidade extinta pela prescrição da ação penal, requerer que seja julgado mesmo assim, com o intento de formalizar a sua inocência perante a estrutura social em que está inserido. Almejou-se apurar o cabimento de um instituto assim descrito no sistema jurídico nacional, a fim de garantir a dignidade resguardada pela Constituição Federal de 1988 aos indivíduos que se encontram nessa condição.

A priori, iniciou-se as explanações demonstrando um breve histórico do instituto da prescrição no ordenamento penal brasileiro, relacionando-o com o poder-dever estatal de punir os infratores, descrevendo o funcionamento de seus prazos e suas hipóteses de suspensão e interrupção. Assim fora realizado para que se pudesse ter um suporte sólido com o qual propulsionar as subseqüentes proposições.

Em conseqüente, foram estudadas as diversas teorias doutrinárias que buscam encontrar o verdadeiro fundamento existencial da prescrição no sistema legal em que se encontra inserida. Passou-se também a explorar qual seria a natureza jurídica deste instrumento, se seria de viés meramente material, processual, ou até mesmo, misto.

A partir de todas estas divagações teóricas fora alicerçada a análise de viabilidade de se pleitear um julgamento de mérito por parte dos acusados, ainda que incorrido em prescrição. Assim, inferiu-se pela possibilidade da instauração de um instrumento assim descrito, pois a defesa da dignidade desses indivíduos, aliada a

uma natureza mista da prescrição, em razão de seu fundamento no descaso do Estado e a perda do *ius puniendi*, em seu atributo de poder-dever, permitiria a sua existência no ordenamento jurídico brasileiro.

Também, verificou-se que a revisão criminal seria o meio processual existente mais oportuno para reivindicar um julgamento, haja vista que tal aparato alcança as mesmas hipóteses que um remédio constitucional, promovendo direitos aos indivíduos a eles inerentes. Compensatoriamente, fora reconhecido a problemática trazida como uma eventual sentença condenatória, em detrimento da almejada absolvição, mas, também, denota-se que tal dissertação exigiria estudos futuros mais aprofundados que não competem aqui.

Por fim, entende-se que embora o julgamento de mérito em casos prescritos apresente desafios e dilemas éticos ao direito, ele também pode ser visto como uma oportunidade de promover a justiça e a verdade. É crucial que a sociedade e o sistema judicial considerem essas nuances, buscando um equilíbrio entre a necessidade de segurança jurídica e a responsabilidade ética de abordar a culpabilidade de modo abrangente e, sobretudo, íntegro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Vol. 1 - 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jun. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 27 jun. 2023.

BUSATO, Paulo César. Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1, 5th Edition. São Paulo: Editora Grupo GEN, 2020. *E-book*.

BOCAGE (1765-1805) apud FOLCO MASUCCI. Dicionário de Pensamentos. São Paulo: Edições Leia, 1961, p. 461.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal. 6th ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2014. *E-book*. p.190. ISBN 9788502224308. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502224308/>. Acesso em: 23 out. 2024.

CUEVA, Lorenzo Morillas. Acerca de la prescripción de los delitos y de las penas. Granada: Universidad de Granada, 1980.

ÉSQUILO. Prometeu Acorrentado. 1ª Ed. Valinhos: Montecristo Editora, 2024. *E-book*. ISBN 978-161965-420-4.

FERRARI, Eduardo Ferrari. Prescrição da Ação Penal - Suas Causas Suspensivas e Interruptivas. São Paulo: Saraiva, 1998.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal - Parte Geral. Vol. 1 - 10ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GUARAGNI, Fábio André. Biblioteca Digital Brasileira de Teses de Dissertações. O Sistema prescricional brasileiro como fator de impunidade, 1997. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/xmlui/bitstream/handle/1884/76494/D%20-%20D%20-%20FABIO%20ANDRE%20GUARAGNI.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 12 out. 2024.

REALE JÚNIOR., Miguel. Fundamentos de Direito Penal. 5th ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*. p.386. ISBN 9788530991609. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530991609/>. Acesso em: 28 out. 2024.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Prescrição Penal: Prescrição Funcionalista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS, Douglas Roberto. Prescrição e Julgamento de Mérito: Direito do réu à Jurisdição Penal. 2008. 111 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Departamento de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/175387>>. Acesso em: 01 de set. de 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 23rd ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. p.l. ISBN 9788530994303. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530994303/>. Acesso em: 23 out. 2024.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal - Parte Geral. Curitiba: Editora Lumen Juris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

**PRECONCEITO E VIOLÊNCIA CONTRA A PESSOA IDOSA:
CONFRONTO DA REALIDADE COM OS CRIMES DISPONÍVEIS NA
LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

*PREJUDICE AND VIOLENCE AGAINST THE ELDERLY: CHECKING
REALITY WITH CRIMES AVAILABLE UNDER BRAZILIAN LEGISLATION*

**Emanuelle Francisca do Couto Lessnau¹
Karina Silveira de Almeida Hammerschmidt²
Marion Bach³**

RESUMO

Trata-se de pesquisa com objetivo de confrontar a realidade do preconceito e violência contra a pessoa idosa com as disposições jurídicas dos crimes disponíveis no Estatuto da Pessoa Idosa e no Código Penal. Para tanto teve-se coleta de dados primários, correção com a doutrina e legislação (Estatuto da Pessoa Idosa e Código Penal). Os dados primários foram coletados mediante entrevista com pessoas idosas residentes na área adscrita de uma unidade de saúde da cidade de Curitiba, Paraná, Brasil. Investigou-se informações sobre preconceito e violência contra a pessoa idosa, na sequência, foi realizada análise dos dados primários em relação às variáveis convergentes aos crimes, disponíveis na legislação (Estatuto da

¹ Contato: emanuelle.lessnau@mail.fae.edu.

² Contato: ksalmeidah@ufpr.br.

³ Advogada Criminalista. Doutora em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS) (2021). Bolsista Capes. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) (2012). Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pelo UNICURITIBA (2009). Graduada em Direito pelo UNICURITIBA (2007). Contato: marion.bach@fae.edu.

Pessoa Idosa) e fundamentada com a doutrina científica com base nas escalas utilizadas⁴. Os dados quantitativos foram organizados em planilhas do Microsoft Excel 2019®, com análise descritiva por meio de número absoluto (n) e frequência relativa (%). Os dados qualitativos foram transcritos na íntegra e analisados com contextualização do fenômeno estudado (preconceito e violência), empregando-se o Discurso do Sujeito Coletivo (DSC). Participaram da amostra do estudo, 50 pessoas idosas com idade de 60 a 92 anos, média de 72 anos; alfabetizados (39 com ensino fundamental, 11 com ensino superior); 54% sexo feminino. Quanto ao estado civil, 50% casado, 22% viúvo, 16% solteiros, 12% divorciados; em relação à moradia 50% moram com cônjuge e 32% moram com filhos e netos, e 18% moram sozinhos. Em relação ao trabalho, 78% são aposentados e destes 64% continuam exercendo trabalho remunerado além da aposentadoria. Concernente a renda, 24% recebem até um salário mínimo, 34% de dois a três salários mínimos e 42% mais de quatro salários mínimos. Evidenciam-se percepções idadistas negativas; violência verbal (gritos e ameaças) e patrimonial (uso do dinheiro sem seguir instruções e furto de pertences/dinheiro). E 58% das pessoas idosas enquadram-se em risco de violência. No aspecto qualitativo dos discursos das pessoas idosas, emergiram as seguintes categorias: preconceito contra a pessoa idosa é excluir por ser o fim da vida; violência contra a pessoa idosa é bater e impor a vontade; no cotidiano acontecem situações desagradáveis mas é escondido; crime é bater e roubar a pessoa idosa. Debater estas questões em consonância com o direito penal possibilita expandir a reflexão sobre o crime, sendo desafiador discernir a interpretação da ação e significação da ilicitude com a compreensão coletiva. Além de abordar práticas subnotificadas e não tipificadas como crime pelo próprio público vitimado.

Palavras chaves: Pessoa Idosa, Crime, Preconceito, Violência.

ABSTRACT

This research aims to confront the reality of prejudice and violence against the elderly with the legal provisions of the crimes available in the Elderly Persons Statute and the Penal Code. To this end, primary data were collected and corrected with doctrine and legislation (Elderly Persons Statute and Penal Code). The primary data were collected through interviews with elderly people living in the area covered by a health

⁴ **Escalas utilizadas:** Escala de Fraboni (FRABONI, SALTSTONE, HUGHES, 1990), Avaliação da Presença de Violência e Maus Tratos contra a Pessoa Idosa (BRASIL, 2006) e o Hwalek-Sengstock Elder Abuse Screening Test (H-S/EAST) (REICHENHEIM; PAIXÃO JÚNIOR; MORAES, 2008).

unit in the city of Curitiba, Paraná, Brazil. Information on prejudice and violence against the elderly was investigated, and then the primary data was analyzed in relation to the variables convergent with the crimes, available in the legislation (Elderly Persons Statute) and based on scientific doctrine based on the scales used. The quantitative data were organized in Microsoft Excel 2019® spreadsheets, with descriptive analysis using absolute number (n) and relative frequency (%). The qualitative data were transcribed in full and analyzed with contextualization of the phenomenon studied (prejudice and violence), using the Discourse of the Collective Subject (DSC). The study sample included 50 elderly people aged 60 to 92 years, with an average age of 72 years; literate (39 with elementary education, 11 with higher education); 54% female. Regarding marital status, 50% were married, 22% were widowed, 16% were single, and 12% were divorced; in relation to housing, 50% lived with a spouse and 32% lived with children and grandchildren, and 18% lived alone. In relation to work, 78% were retired and of these, 64% continued to work for pay beyond retirement. Regarding income, 24% received up to one minimum wage, 34% received two to three minimum wages, and 42% received more than four minimum wages. Negative ageist perceptions are evident; verbal violence (shouting and threats) and property violence (use of money without following instructions and theft of belongings/money). And 58% of elderly people are at risk of violence. In the qualitative aspect of the elderly people's speeches, the following categories emerged: prejudice against the elderly is exclusion because it is the end of life; violence against the elderly is beating and imposing one's will; unpleasant situations happen in everyday life but are hidden; crime is beating and robbing the elderly person. Discussing these issues in line with criminal law allows for broader reflection on crime, making it challenging to discern the interpretation of the action and the meaning of the illegality with the collective understanding. In addition to addressing underreported practices and not classified as crimes by the victimized public itself.

Key words: Elderly Person, Crime, Prejudice, Violence

1 INTRODUÇÃO

O envelhecimento populacional é realidade mundial, em 2023 existiam 705 milhões de pessoas com 65 anos ou mais (idade que caracteriza a pessoa idosa nos países desenvolvidos e 60 anos ou mais nos países em desenvolvimento), com previsão

de atingir 3,1 bilhões em 2100 (WHO, 2017). A expectativa de vida mundial, em 2019 era de 72,6 anos, com previsão para 2050 de 77 anos (ONU, 2019). No Brasil, em 2021, a população idosa representava 14,7%, com 32 milhões de pessoas, tendo previsão de atingir 40,3% em 2100, correspondendo a 72,4 milhões (IBGE, 2021; WHO, 2017).

Aliado aos dados demográficos e populacionais, se evidenciam aspectos culturais na sociedade destacando dificuldades na vivência das pessoas idosas, com práticas de preconceito (idadismo) (ONU, 2022) e de violência, algumas mediante facetas visíveis e outras silenciosas.

No Brasil, publicações nacionais de referência sobre a temática, como o Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Contra a Pessoa Idosa (BRASIL, 2005), Manual de Enfrentamento à violência contra a pessoa idosa (BRASIL, 2014), classificam a violência contra a pessoa idosa no âmbito psicológico, financeiro, sexual, abandono, negligência, autonegligência e institucional.

O marco legal vinculado às pessoas idosas no Brasil é a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, intitulada como Estatuto da Pessoa Idosa (BRASIL, 2003), que visa regular os direitos às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, considerando que o envelhecimento faz parte do ciclo vital e sua proteção é direito social, sustentado pela obrigação da família, comunidade, sociedade, poder público. Em julho de 2022, a referida lei teve alteração nominal, por intermédio da sanção do Projeto de Lei nº 3.646, de 2019, que substituiu em todo o aparato legal, as expressões “idoso” e “idosos” pelas expressões “pessoa idosa” e “pessoas idosas”, respectivamente. Tal modificação incita inclusão dessa parcela da população e combate ao preconceito.

O Estatuto do Idoso protege a dignidade da pessoa idosa, refutando formas de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, com punição na forma de lei. Para tanto, estão previstos os crimes, conforme Código Penal brasileiro:

discriminação - Art. 96 e Art. 105; risco de vida - Art. 97; negligência - Art. 98; violência - Art. 99; limitação - Art. 100; restrição - Art. 101; abuso - Art. 102, Art. 104, Art. 106 e Art. 108; abandono - Art. 103; coação - Art. 107.

A discriminação envolve impedir ou dificultar o acesso da pessoa idosa a operações bancárias, aos meios de transporte, ao direito de contratar ou por qualquer outro meio ou instrumento necessário ao exercício da cidadania, por motivo de idade. Inclui exibir ou veicular, por qualquer meio de comunicação, informações ou imagens depreciativas ou injuriosas à pessoa idosa. A pena para esses crimes é de reclusão de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa (BRASIL, 2003).

O risco de vida vincula-se a deixar de prestar assistência ao idoso, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, em situação de iminente perigo, ou recusar, retardar ou dificultar sua assistência à saúde, sem justa causa, ou não pedir, nesses casos, o socorro de autoridade pública. A pena para esse crime é de detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa (BRASIL, 2003).

A negligência envolve abandonar a pessoa idosa em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, congêneres, ou não prover suas necessidades básicas quando obrigado por lei ou mandado. A pena para esse crime é de detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos (BRASIL, 2003).

A violência comporta expor ao perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica da pessoa idosa, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado. A pena para esse crime é de detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano e multa (BRASIL, 2003).

A limitação vincula-se a obstar o acesso de alguém a qualquer cargo público por motivo de idade; negar emprego ou trabalho justificado por motivo de idade; recusar,

retardar ou dificultar atendimento ou deixar de prestar assistência à saúde, sem justa causa, a pessoa idosa; deixar de cumprir, retardar ou frustrar, sem justo motivo, a execução de ordem judicial expedida na ação civil; recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil objeto desta Lei, quando requisitados pelo Ministério Público. A pena para esse crime é de reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa (BRASIL, 2003).

A restrição (artigo 101) inclui deixar de cumprir, retardar ou frustrar, sem justo motivo, a execução de ordem judicial expedida nas ações em que for parte ou interveniente a pessoa idosa. A pena para esse crime é de detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa (BRASIL, 2003).

O abuso estão apresentadas na apropriação ou desvio de bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento do idoso, dando-lhes aplicação diversa de sua finalidade; reter o cartão magnético de conta bancária relativa a benefícios, proventos ou pensão da pessoa idosa, bem como qualquer outro documento com objetivo de assegurar recebimento ou ressarcimento de dívida; induzir pessoa idosa sem discernimento de seus atos a outorgar procuração para fins de administração de bens ou deles dispor livremente; lavrar ato notarial que envolva pessoa idosa sem discernimento de seus atos, sem a devida representação legal. A pena para esses crimes inclui reclusão de 6 (meses) a 4 (quatro) anos e multa (BRASIL, 2003).

O abandono apresenta-se pela negação ao acolhimento ou à permanência da pessoa idosa. A coação (artigo 107) inclui coagir, de qualquer modo, a pessoa idosa a doar, contratar, testar ou outorgar procuração. Para este crime tem-se pena de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos (BRASIL, 2003).

Sobre os crimes voltados as pessoas idosas, a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) aprovou em 29 de março de 2023, aumento de penas para os crimes de

discriminação, falta de assistência, abandono, exposição ao perigo contra idosos e para adotar a regra geral para aplicação do procedimento sumaríssimo. Com esse projeto de lei (em tramitação), a pena para quem cometer discriminação contra a pessoa idosa passa para um a dois anos de reclusão e multa; aumento da punição para quem desdenha, humilha, menospreza ou discrimina pessoa idosa, por qualquer motivo; detenção de um a dois anos e multa para quem deixar de prestar assistência ao idoso; a exposição a perigo da integridade e da saúde física ou psíquica do idoso, resultando em lesão corporal de natureza grave, terá pena de 4 a 12 anos de reclusão e multa; aumento de pena nos casos de abandono do idoso em hospitais, casas de saúde e entidades de longa permanência e para quem expuser a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado. Além disso, o projeto de lei estabelece o rito sumaríssimo como regra geral nos crimes contra a pessoa idosa, conferindo celeridade processual (BRASIL, 2019).

O ordenamento jurídico penal, ao considerar a importância de proteção dos bens jurídicos das pessoas idosas, fomenta valores e preceitos fundamentais da sociedade brasileira, tipificando condutas que afetam com colocam em risco estes bens, atribuindo valor e finalidade à própria norma (ROXIN, 2009). Deste modo, verificar a ocorrência dessas práticas na realidade é oportuno para contemplar as disposições jurídicas que amparam a proteção às pessoas idosas.

Alinhado a importância desta compreensão, neste estudo serão utilizados dados de pesquisa de campo, coletados junto a pessoas idosas sobre o preconceito e violência, confrontando aspectos da realidade com a legislação vigente, na intenção de verificar a (in)suficiência da legislação nesta abordagem. Desde modo, busca-se suprimir a lacuna

existente entre a análise dos preceitos legais com casos reais, fomentando a aproximação do direito com as necessidades das pessoas idosas.

O objetivo deste trabalho é confrontar a realidade do preconceito e violência contra a pessoa idosa com as disposições jurídicas dos crimes disponíveis no Estatuto da Pessoa Idosa ou no Código Penal.

Trata-se de pesquisa qualitativa (DANTAS, AMORIM, 2023) realizada mediante análise de dados primários coletados, legislação nacional (Estatuto da Pessoa Idosa e Código Penal) e doutrina. Devido característica qualitativa do estudo, seguiu-se as recomendações da *Red Equator*, tendo desenvolvimento alinhado à lista de verificação *Consolidated Criteria for Reporting Qualitative Research* (COREQ), com objetivo de demonstrar maior confiabilidade no percurso (SOUZA, MARZIALE, SILVA, NASCIMENTO, 2021).

Os dados primários foram oriundos de entrevistas realizadas com pessoas idosas residentes na área adscrita da unidade de saúde referência a pessoa idosa da cidade de Curitiba, Paraná, Brasil, bem como com seus familiares e/ou cuidadores. O público alvo do estudo, foi selecionado intencionalmente, mediante critérios para inclusão para as pessoas idosas: ter idade igual ou superior a 60 anos; estar domiciliado na área de adscrita da UMS foco do estudo, ter cadastro na unidade. Como critério de exclusão teve-se: pessoas idosas com desempenho cognitivo alterado, conforme pontuação do Miniexame do Estado Mental (MEEM), considerando o escore de pontuação conforme a escolaridade (BERTOLUCCI, et al, 2001).

Na entrevista foi utilizado roteiro semi-estruturado, incluindo informações sobre preconceito contra a pessoa idosa, mediante utilização da Escala de Fraboni e de violência com os instrumentos: Avaliação da Presença de Violência e Maus Tratos contra

a Pessoa Idosa (BRASIL, 2006) e Hwalek-Sengstock Elder Abuse Screening Test (H-S/EAST) (REICHENHEIM; PAIXÃO JÚNIOR; MORAES, 2008).

Para avaliar o preconceito, a Escala Fraboni de Idadismo tem a premissa de avaliar o componente afetivo do preconceito através de três dimensões: antilocução, evitamento e discriminação. A antilocução refere-se a depreciar o grupo alvo, evocando-o de forma negativa com base em informações errôneas ou generalizantes (“a maioria dos idosos não tem boa higiene pessoal”); a evitação é um dos fatores da segregação etária, e ocorre quando se limita o contato com o grupo-alvo (“sinto-me incomodado quando idosos tentam puxar conversa comigo”); e a discriminação se refere ao tratamento diferenciado e excludente (“idosos não devem ser incentivados a ter opinião política”) (FRABONI, SALTSTONE, HUGHES, 1990).

Na avaliação da violência, utilizou-se a Avaliação da Presença de Violência e Maus Tratos contra a Pessoa Idosa (BRASIL, 2006) é instrumento disponibilizado em publicação do Ministério da Saúde, com objetivo de identificar situações de violência vivenciadas pela pessoa idosa, com informações sobre as características e frequência das ocorrências).

O Hwalek-Sengstock Elder Abuse Screening Test (H-S/EAST) (REICHENHEIM; PAIXÃO JÚNIOR; MORAES, 2008). Criado em 1986, nos Estados Unidos, trata-se de instrumento breve que avalia a violência física, psicológica, financeira e negligência; porém não avalia as demais dimensões da violência contra a pessoa idosa, reconhecidas pelo Ministério da Saúde no Brasil, tais como: autonegligência, abandono e violência sexual (FLORENCIO, GROSSI, 2014). Recomenda-se a utilização do instrumento para identificar suspeita de abuso (REICHENHEIM; PAIXÃO JÚNIOR; MORAES, 2008), visto que o H-S/EAST é composto de 15 itens. Atribui-se um ponto para cada resposta afirmativa, à exceção dos itens 1, 6, 12 e 14, em que o ponto é dado para a resposta

negativa. Um escore de três ou mais indica risco aumentado de algum tipo de violência presente.

Os dados quantitativos foram organizados em planilha no Microsoft Excel 2019®, conforme informações relacionadas ao preconceito e violência contra as pessoas idosas, por domínios de avaliação, com análise descritiva por meio de número absoluto (n) e frequência relativa (%).

Para coleta dos dados qualitativos, questionou-se as pessoas idosas sobre: o que é preconceito e violência contra a pessoa idosa? Quais situações envolvem atos de preconceito ou violência? As pessoas idosas vivenciam situações de preconceito e violência? Atos de preconceito e violência são crimes?

Os dados foram transcritos na íntegra e analisados com contextualização do fenômeno estudado, empregando-se o Discurso do Sujeito Coletivo (DSC), destacando-se o modo de pensar individual que converge para representações do coletivo (LEFEVRE, LEFEVRE, 2006). Após a definição das categorias por indução, procedeu-se à construção do DSC a partir da reunião das expressões chave (EC) com ideias centrais (IC) semelhantes, agrupando os conteúdos em categorias e construindo narrativas na primeira pessoa do singular. Na exposição dos resultados, os depoimentos dos DSC foram apresentados com referência ao emissor do conteúdo, identificado com a letra “E” (entrevistado), seguido de numeração arábica sequencial em relação à ordem da realização das entrevistas.

Na sequência, aproximando os dados da realidade referida pelas pessoas idosas sobre o preconceito e violência, foi realizada análise dos dados primários em relação às variáveis convergentes aos crimes, disponíveis na legislação (Estatuto da Pessoa Idosa e Código Penal), apresentando quadro com informações legais e exemplos do contexto real. Posteriormente desenvolveu-se a discussão científica dos achados, com

fundamentação na doutrina, abordando lacuna sobre a (in)suficiência de legislação vigente quanto à violência e preconceitos contra as pessoas idosas.

Quanto aos aspectos éticos, devido a envolver pesquisa com seres humanos, este estudo teve aprovação do Comitê de Ética em Pesquisa, conforme parecer consubstanciado nº 6.064.240 e nº 6.195.537. Todos os critérios da Resolução 466/12 do Conselho Nacional de Saúde (CNS) foram seguidos, assegurando participação voluntária e consentida, com assinatura do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE).

4 RESULTADOS

Participaram da amostra do estudo, 50 pessoas idosas com idade de 60 a 92 anos, média de 72 anos; em relação a escolaridade todos eram alfabetizados (39 com ensino fundamental, 11 com ensino superior); 54% sexo feminino. Quanto ao estado civil, 50% casado, 22% viúvo, 16% solteiros, 12% divorciados; em relação à moradia 50% moram com cônjuge e 32% moram com filhos e netos, e 18% moram sozinhos.

Em relação ao trabalho, 78% são aposentados e destes 64% continuam exercendo trabalho remunerado além da aposentadoria. Concernente a renda, 24% recebem até um salário mínimo, 34% de dois a três salários mínimos e 42% mais de quatro salários mínimos.

Os dados da pesquisa primária evidenciam o contexto real de informações sobre preconceito e violência (real ou risco) contra a pessoa idosa, conforme caracterização dos instrumentos. A Escala de Fraboni de Idadismo avaliou o ageismo explícito, através de aspectos cognitivos e afetivos do preconceito, mediante mensuração de três níveis reconhecidos: antilocução, evitamento e discriminação.

A antilocução, ocorre quando há referência a grupo-alvo, neste caso as pessoas idosas, de forma depreciativa, baseada em informações imprecisas e/ou errôneas. O evitamento ocorre quando se restringe ou limita o contato com as pessoas idosas. A discriminação é o tratamento diferenciado e excludente das pessoas idosas.

No quadro 1, apresentam-se os dados referentes à Escala de Fraboni, com porcentagem de respostas por questão.

Quadro 1: Resultados da Escala de Fraboni de Idadismo

Nível do Idadismo	Questão	Discordo totalmente	Discordo	Concordo	Concordo totalmente
Antilocução	B3 - A maioria dos idosos está presa ao passado	4%	36%	60%	--
	B7 - A maioria dos idosos pode ser irritante por contar as mesmas histórias várias vezes	14%	30%	56%	--
	B8 - Os idosos reclamam mais de tudo do que os jovens	--	8%	78%	14%
	B12 - Sinto-me incomodado quando idosos tentam puxar conversa comigo	22%	42%	36%	--
	B13 - Não dá para esperar conversas interessantes com a maioria dos idosos	26%	34%	40%	--
	B20 - É triste ouvir sobre a situação de exclusão de muitos idosos em nossa sociedade*	--	12%	74%	14%
	B21 - Idosos devem ser incentivados a ter opinião pública*	2%	60%	34%	4%

	B27 - Idosos podem ser muito criativos	8%	--	84%	8%
	B29 - Idosos não precisa de muito dinheiro para suprir suas necessidades	6%	4%	88%	2%
Evitamento	B2- A maioria dos idosos não se interessa em fazer novos amigos, preferindo o círculo que já tem	--	14%	86%	--
	B5 -A maioria dos idosos fica mais feliz quando está com pessoas de sua idade	4%	60%	17%	2%
	B9 - Eu preferiria não ir a uma festa voltada a idosos se fosse convidado	--	38%	62%	--
	B11 - As vezes eu evito contato visual com idosos quando os vejo	36%	46%	18%	--
	B16 - Idosos não deveriam sentir-se bem vindos em confraternização de jovens	--	36%	54%	10%
	B17 - Os idosos não precisam participar das atividades esportivas oferecidas na cidade	40%	44%	16%	--
	B18 - É melhor que os idosos vivam onde não irão incomodar ninguém	28%	32%	40%	--
	B19 - A companhia da maioria dos idosos é bastante agradável*	--	98%	--	2%
	B23 - Pessoalmente, eu não gostaria de passar muito tempo com um idoso	2%	42%	56%	--
	B24 - Complexos esportivos deveriam ter sempre locais separados para que os idoso joguem entre si	--	4%	88%	2%
	B28 - Eu preferia não viver com um idoso	10%	30%	60%	--

Discriminação	B1 - A maioria dos idosos é mesquinha e gosta de acumular dinheiro e posses	--	24%	62%	14%
	B4 - A maioria dos idosos não é confiável para tomar conta de crianças	12%	44%	44%	--
	B6 - A maioria dos idosos não tem boa higiene pessoal	--	56%	44%	--
	B10 - O suicídio de jovens é mais trágico que o suicídio de idosos	2%	8%	60%	30%
	B14 - Provavelmente é comum sentir-se deprimido quando está em companhia de idosos	40%	24%	36%	--
	B15 - Os idosos deveriam apenas arranjar amigos de sua faixa etária	16%	30%	54%	--
	B22 - A maioria dos idosos são pessoas muito interessantes*	--	90%	--	10%
	B25 - Idosos merecem os mesmos direitos e liberdades concedidos aos outros membros da sociedade*	--	84%	--	16%
	B26 - A maioria dos idosos deveria ser impedida de renovar suas carteiras de motorista	4%	12%	84%	--

Legenda: *Itens que apresentam índice oposto, visto que denotam atitudes positivas em relação ao envelhecimento. Grifo negro os itens que se destacaram nos resultados.

Evidenciam-se nos achados percepções idadistas negativas, destacando-se na antilocução: pessoas idosas presas ao passado, irritantes por contar as mesmas histórias, reclamar mais de tudo que os jovens, desestímulo para o idoso ter opinião pública, e necessidade de pouco dinheiro para suprir suas necessidades; no evitamento: desinteresse do idoso por novos amigos, não estar feliz quando com pessoas idosas, não

ir a festa voltada a idosos, não sentir-se bem vindo em confraternização de jovens, companhia do idoso não é agradável, não gostar da companhia do idoso, espaços esportivos para idosos devem ser separados dos jovens, preferência de não viver com idoso; discriminação: os idosos são mesquinha e gostam de acumular dinheiro e posses, não tem boa higiene pessoal, suicídios de jovens é mais trágico que de idosos, deveriam ter amigos somente idosos, maioria dos idosos não são interessantes, não merecem os mesmos direitos e liberdades concedidos aos outros membros da sociedade, deveriam ser impedidos de renovar suas carteiras de motorista.

Quanto a violência, a aplicação da escala de Avaliação da Presença de Violência e Maus Tratos contra a Pessoa Idosa, apresenta-se o quadro 2 com compilado de dados.

Quadro 2: Resultado da avaliação da presença de violência e maus tratos contra a pessoa idosa

Questão	Porcentagem de respostas		Quantidade e Média de dias na semana de ocorrência
	SIM	NÃO	
No último ano, alguma das pessoas que o rodeiam tem gritado com o (a) Sr(a) sem razão?	80%	20%	1-7 dias Média 3 dias/semana
No último ano, alguma das pessoas que o rodeiam o (a) tem chamado por algum nome ou apelido que o(a) Sr(a) não goste?	74%	26%	1-7 dias Média 4 dias/semana
No último ano, alguma das pessoas que o rodeiam tem usado ou manejado seu dinheiro sem seguir suas instruções?	66%	44%	1-7 dias Média 3 dias/semana
No último ano, alguma das pessoas que o rodeiam o(a) tem ameaçado por não fazer o que eles querem que o(a) Sr(a) faça?	34%	66%	1-5 dias Média 2 dias/semana

No último ano, alguma das pessoas que o rodeiam o (a) tem golpeado, batido ou esbofetado?	–	100%	–
No último ano, alguma das pessoas que o rodeiam o (a) tem sacudido ou segurado de forma intimidadora ou ameaçadora?	–	100%	–
No último ano, alguma das pessoas que o rodeiam tem roubado seu dinheiro ou algum de seus pertences?	6%	94%	1-2 dias Média 1 dia/semana

Os dados evidenciaram violência verbal (gritos e ameaças) e patrimonial (uso do dinheiro sem seguir instruções e roubo de pertences/dinheiro). Estas ocorrências ocorrem de forma constante, conforme os depoimentos.

Em relação ao risco de violência contra a pessoa idosa, conforme aplicação do Hwalek-Sengstock Elder Abuse Screening Test (H-S/EAST) (REICHENHEIM; PAIXÃO JÚNIOR; MORAES, 2008). Verificou-se que 58% das pessoas idosas apresentaram risco para violência, destacando-se os aspectos: alguém pegar as coisas que pertencem ao idoso sem o consentimento, sentir-se pouco à vontade com alguém da família, sentir-se triste ou só, não ter alguém para levar ao médico ou fazer compras.

No aspecto qualitativo dos discursos das pessoas idosas, emergiram as seguintes categorias: preconceito contra a pessoa idosa é excluir por ser o fim da vida; violência contra a pessoa idosa é bater e impor a vontade; no cotidiano acontecem situações desagradáveis mas é escondido; crime é bater e roubar a pessoa idosa.

O preconceito contra a pessoa idosa é compreendido pela limitação, inutilidade ou incapacidade, assim como pelo momento de vida próximo ao estado terminal, devendo permanecer separado, sozinho e excluído. Conforme pode ser verificado na sequência:

Acredito que deixar o idoso sozinho, isolado, não permitir que ele participe de atividades ou esteja junto com outras pessoas é ter preconceito. Pensar que o idoso está acabado, que não consegue fazer ou decidir as coisas, que está esperando somente para morrer, sendo incapaz e inútil para continuar vivendo (E1,2,5,6,18,21,23,33,35,39,42,48,50).

A violência é compreendida pela imposição da vontade, bem como pelo uso da força física e da agressão, conforme segue os discursos do sujeito coletivo:

O idoso vivencia violência quando sofre com agressões, batidas e puxões. Também pode ser considerado quando ele quer fazer algo e é impedido ou quando sua vontade não é respeitada ou escutada. Assim fica a mercê do que os outros querem ou fazem, por medo (E4,8,11,13,15,16,20,28,31,38,43,47,49).

As práticas de preconceito e violência acontecem no cotidiano, gerando situações desagradáveis, sendo abandonadas, porém de forma oculta, conforme pode ser verificado no depoimento coletivo:

As pessoas idosas vivenciam todos os dias preconceito e violência, passam por situações que geram medo e abandono, momentos desagradáveis, que fazem a tristeza estar presente. Mas infelizmente, isso ocorre de forma escondida, nos ambientes familiares, nas casas, nas instituições, nos serviços que atendem o idoso, ele vive e fica calado... (E3,7,9,10,14,17,18,19,22,24,29,30,36,39)

Quando reflete-se sobre o crime vinculado à pessoa idosa, associa-se à agressão física e ao furto, conforme pode ser verificado na sequência:

É crime contra a pessoa idosa pegar sua aposentadoria, o dinheiro de sua conta do banco, seus pertences, vender seus bens. Além disso, bater também é crime, principalmente quando machuca ou deixa roxo, por isso tem que sempre olhar o idoso, para ver se tem sinal (E8,17,19,24,27,28,33,35,36,38,44,46,47,49)

Ainda como resultado, apresenta-se compilado da legislação brasileira marco da temática (pessoas idosas), com os crimes previstos no Estatuto da Pessoa Idosa e no Código Penal (bem protegido, conduta criminosa e exemplo do contexto real - emergente da pesquisa):

Quadro 3: Relação entre o bem protegido, conduta criminosa e exemplo do contexto real emergente nos depoimentos das pessoas idosas

Bem protegido	Conduta criminosa	Exemplos do contexto real (depoimentos das pessoas idosas)
Liberdade e Honra	Discriminação - Art. 96: Discriminar pessoa idosa, impedindo ou dificultando seu acesso a operações bancárias, aos meios de transporte, ao direito de contratar ou por qualquer outro meio ou instrumento necessário ao exercício da cidadania, por motivo de idade § 1.º Na mesma pena incorre quem desdenhar, humilhar, menosprezar ou discriminar a pessoa idosa, por qualquer motivo.	Separar, excluir o idoso dos demais, entendido como preconceito pelas pessoas idosas
Honra e Integridade física	Negligência - Art. 98: Abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas quando obrigado por lei ou mandado.	Agressão física, abandono são compreendidos como atos de violência e preconceito

Vida e Integridade física	Violência - Art. 99: Expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado.	Agressão física
Patrimônio	Abuso - Art. 102: Apropriar-se de ou desviar bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento do idoso, dando-lhes aplicação diversa de sua finalidade.	Furto, se apropriar dos pertences sem consentimento
Patrimônio	Abuso - Art. 104: Reter o cartão magnético de conta bancária relativa a benefícios, proventos ou pensão da pessoa idosa, bem como qualquer outro documento com objetivo de assegurar recebimento ou ressarcimento de dívida	Se apropriar da aposentadoria da pessoa idosa
Vida e Integridade física	Abandono de incapaz: Art. 133 - Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono:	Abandonar
Integridade física e psicológica	Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.	Ameaçar
Patrimônio	Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: 4º-B. A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se o furto mediante fraude é cometido por meio de dispositivo eletrônico ou informático, conectado ou não à rede de computadores, com ou sem a violação de mecanismo de segurança ou a utilização de programa malicioso, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo. § 4º-C. A pena prevista no § 4º-B deste artigo, considerada a relevância do resultado gravoso	Pegar os pertences da pessoa idosa
Vida e Integridade Física	Abandono: Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo	Abandonar

Verifica-se nos exemplos reais, apresentados pelas pessoas idosas que poucas ações são relacionadas com práticas de preconceito e violência, destacando-se aquelas que envolvem a agressão física, abandono e furto. Porém diversas outras são identificadas na legislação, mas não são referidas ou compreendidas como crimes, como: agressão verbal, negligência, risco de vida, privação.

5 CRIMES EM FACE DO IDOSO PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A política criminal tende a simplificar a lógica burocrática de efetivação do direito material, oriunda da compreensão preventivo-utilitarista, com potencial de expansão. A efetivação da intervenção mínima tem potencial resolutivo para situações de pequena e média criminalidade (RIOS, COSTA, 2022). Entretanto, a compreensão social sobre o que são crimes e dispositivos que tipificam, necessitam de debates e alargamento de informação no contexto brasileiro.

Neste âmbito, cabe refletir sobre a teoria significativa do delito⁵, em correspondência a leitura do texto da lei que define e tipifica os crimes de preconceito e violência presentes no Estatuto da Pessoa Idosa e do Código Penal. Neste sentido, o presente manuscrito evidencia a temática, apresentando discussão textual organizada

¹ A expressão 'Teoria significativa do delito' é utilizada por Paulo César Busato para denominar a estruturação feita por Tomás Salvador Vives Antón da teoria do delito, e será acolhida na presente pesquisa.

conforme dados emergentes nos resultados, vinculados à tipologia de crimes elencados nos dispositivos legais.

5.1. PRECONCEITO E VIOLÊNCIA: LEI PENAL (AÇÃO, REGRA, INTENÇÃO E AGENTE ATIVO)

Crimes de preconceito e violência em relação à pessoa idosa estão previstos no Estatuto da Pessoa Idosa e no Código Penal. O primeiro é apresentado como conceito ou opinião formado antecipadamente, sem consideração de fatos que os contestem, irrigado por intolerância, aversão, ódio (RAMOS, BELLÉ, 2022), dentre outras características pejorativas em relação às pessoas idosas. A discriminação envolve questão sociopolítica dos valores sociais, neste âmbito o direito penal tem importante repercussão com a legislação antidiscriminatória das pessoas idosas.

A escassez de notificação em relação aos casos, evidenciam o desconhecimento e desinteresse na temática (SANTOS, 2013). A instrução jurídica no âmbito social, viabiliza socialização da informação e conhecimentos sobre as tipificações dos crimes, principalmente quando envolto situação de discriminação e restrição envolvendo a população idosa. Esta abordagem auxilia na defesa de direitos humanos, providências e registros em casos que envolvem vítimas ou constrangimento por impunidade.

A violência contra a pessoa idosa, segundo o Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania, pode ser classificada como: estrutural (insegurança alimentar, inanição, desnutrição), interpessoal (do cotidiano, da família, da comunidade e nas relações), institucional (produzida pelos profissionais da saúde, assistência social e instituições de

“cuidado” em geral), a patrimonial (venda ou comercialização do patrimônio do idoso sem conhecimento ou autorização do mesmo), física (agressão ao idoso), financeira (uso indevido ou sem autorização do dinheiro e bens do idoso) e a simbólica (estigma, humilhação, desprezo ou menosprezo). A dependência funcional (incapacidade), a saúde física e mental precária e o comprometimento cognitivo são fatores de risco de violência contra a pessoa idosa.

Dentre as diversas formas de violência que podem acometer as pessoas idosas, a mais perceptível é a física, que segundo Bretan (2016) se manifesta com uso da força física, provocando dor, ferimentos e dependendo da gravidade hospitalização e até a morte. É caracterizada e identificada por meio de atos agressivos e outras ações mais graves contra a integridade corporal da vítima, que em alguns casos resulta em riscos à vida. Infelizmente destaca-se o domicílio como local de grande incidência deste tipo de violência, ficando as ações restritas ao convívio cotidiano, sem registro ou denúncia.

Outra forma de violência é a psicológica, que ocorre com uso de palavras, tom de voz, gestos que machucam, magoam e ferem a pessoa idosa, gerando manifestações como cobranças, medo, constrangimento, humilhação, tristeza, ansiedade e temor. Este tipo de violência afeta, aterroriza e isola a pessoa idosa, podendo se caracterizar como crime contra a honra (BRETAN, 2016, p.109).

A violência contra a pessoa idosa é violação grave dos direitos humanos, que requer atenção e ação por parte da sociedade e do sistema legal. No Brasil, o Estatuto da Pessoa Idosa estabelece dispositivos específicos para prevenir e punir atos de violência contra essa parcela da população, destacando-se o artigo 99 que define a

violência contra a pessoa idosa como “qualquer ação ou omissão que cause morte, dano ou sofrimento físico ou psicológico à pessoa idosa, além de configurar violação de direitos fundamentais”.

No contexto do direito penal brasileiro, há várias normas destinadas a combater a violência contra os idosos. O artigo 147-A, incluído pela Lei nº 14.029/2020, define o crime de violência psicológica contra a pessoa idosa, caracterizando como qualquer ato que cause dano emocional, prejudicando a saúde mental ou a autodeterminação do idoso. Essa forma de violência pode ser tão ou até mais prejudicial que a violência física, pois deixa cicatrizes invisíveis e profundas na vítima, afetando sua autoestima e sua habilidade de se relacionar socialmente.

Diante desse panorama, é fundamental que sejam adotadas medidas eficazes para prevenir e combater a violência contra a pessoa idosa, pois conforme José Afonso da Silva:

“Os direitos fundamentais têm por destinatário toda pessoa humana. Portanto, é dever do Estado e da sociedade assegurar o respeito aos direitos fundamentais das pessoas idosas, protegendo-as de qualquer forma de violência e garantindo-lhes uma vida digna e livre de abusos. A efetiva aplicação da legislação existente, aliada à conscientização e educação da população, é essencial para promover o respeito e a proteção dos direitos das pessoas idosas em nossa sociedade.”

O estatuto da pessoa Idosa tenta assegurar que a violência não ocorra, fortalecendo os direitos fundamentais da pessoa idosa, como disposto em seu artigo 3:

“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" (Estatuto da Pessoa Idosa, 2003).

Apesar das garantias do sistema legal, a realidade apresenta-se com descaso, falta de direitos, maus-tratos e violência contra a pessoa idosa, sendo este grande problema social relacionado a normalização de tais práticas, sendo reprimido a notificação e divulgação de tais atos, inclusive pela própria pessoa idosa por medo ou vergonha.

Atos de violência, sem o devido registro criminal, tornam-se ações de violação insidiosa e negligência social, impedindo o combate e a criação de ações para combate, monitoramento ou prevenção. O Estatuto da pessoa idosa destaca-se pela necessidade de discutir os direitos desta população e visa esclarecer as responsabilidades das famílias, das instituições, do governo e do cidadão comum em relação a esta temática, visto que a violência é qualquer ato ou omissão praticado em local público ou privado que cause dano ou sofrimento físico e/ou mental e até mesmo a morte (Estatuto da Pessoa Idosa, artigo 19, parágrafo 1).

Além disso, o artigo 104 do Estatuto da Pessoa Idosa estabelece como crime a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal do idoso, colocando em risco sua vida ou sua integridade física. Dessa forma, agressões físicas, maus-tratos e privação de cuidados básicos podem resultar em lesões, traumas e sofrimento para os idosos.

Ademais, infelizmente a violência contra o idoso é fenômeno complexo, multifacetado, dinâmico e de difícil controle, ocorrendo geralmente no cenário familiar.

Configura-se como problema social e histórico, que deve ser apreciado como objeto de atenção especial, requerendo esforços para criação de estratégias que fomentem a compreensão do que é violência contra a pessoa idosa (SILVA, VIEIRA, BRUTTI, PERANZONI, 2020).

O crime, em seu conceito analítico compreende sistemática de fenômeno do delito, no qual “crime é ação ou omissão típica, ilícita e culpável” (DOTTI, 2002, p. 299). Nestes termos, a conduta é “a ação ou omissão humana dirigida a um fim”, a tipicidade é a “adequação, objetiva e subjetiva, dessa conduta a uma norma legal”, a ilicitude é a “qualidade de um comportamento não autorizado pelo Direito” e a culpabilidade é o “juízo de reprovação que recai sobre a conduta dos sujeitos que tem ou pode ter a consciência da ilicitude e de atuar segundo as normas jurídico-penais” (DOTTI, 2002, p. 300).

O Código Penal, conforme análise de Cezar Roberto Bitencourt, ao abordar o artigo 13, aponta que o crime pode ser descrito como “conduta humana e a consequência por ela produzida, isto é, o resultado de tal forma que só haverá crime consumado quando esse resultado se concretizar” (BITTENCOURT, 2002, p. 36). Assim, na investigação sobre o crime de preconceito e/ou violência, analisa-se como é construído o conceito analítico do crime, com pesquisa que perpassa a interpretação sobre a teoria significativa do delito, segundo Tomás Salvador Vives Antón. Pois, conforme o autor, não há separação entre a ação e a intenção, quando existe elemento subjetivo interno que se projeta em ação externa, de modo que a finalidade subjetiva é insuficiente para determinar o significado da ação (RAMOS, BELLÉ, 2022).

Nesta compreensão, Antón vincula a questão das regras a partir do uso de linguagens e significado de ações. Em decorrência disso, a compreensão em seguir

certas regras demonstra que elas prescindem ser seguidas em conjunto, pois são regras que determinam a ação de modo singular e em contexto coletivo. É necessário conhecer as regras, pois se materializam na intenção e operam o propósito (VIVES ANTÓN, 2011, p. 231). Assim, o significado social dá sentido às ações, com interpretações que preconizam agir intencionalmente. Nesta perspectiva, a análise de preconceito e violência, define o sujeito ativo no direito penal, com presença de crime, concomitante com ação.

Para existir o crime, é necessário a realização de ação, sem a qual não haveria o próprio conceito de crime. A teoria significativa do delito de Vives Antón, destaca a importância da relação firmada entre ação, regras e intenção, sistematizando a conduta em termos biológicos. Deste modo, nos casos de preconceito e violência em relação às pessoas idosas é de suma importância compreender a responsabilização da ação.

Na teoria do delito, a tipicidade caracteriza-se pela conformidade com o fato praticado pelo agente, com descrição de infração tipificada no Código Penal, para que o fato seja considerado típico é necessária conduta reprovável pela lei. Neste contexto, existe deficiência de interpretação dos atos que compreendem preconceito e violência contra as pessoas idosas, pelo próprio público idoso. Talvez estas ações vinculem-se ao contexto predominantemente envolvidas nas práticas, geralmente com sujeitos do âmbito familiar, ou talvez pela dificuldade em delinear a sistemática que compõem a tipificação do crime. Apesar de não mencionado nos depoimentos da pesquisa, destacam-se práticas vinculadas a população idosa e consideradas como crime: negligência, abandono, risco de vida, limitação, privação, sequestro, abuso, estelionato, subtração, coação e injúria.

5.2 NEGLIGÊNCIA, ABANDONO E RISCO DE VIDA

Negligência é a recusa, descaso ou prestação inadequada de cuidados básicos a pessoa idosa por parte de familiares, cuidadores, responsáveis legais ou responsáveis institucionais. Geralmente acontece quando o responsável pela pessoa idosa, seja cuidador ou não, se recusa ou fica omissa em oferecer cuidados necessários para prover a sobrevivência e bem estar. Podem ser citados como exemplo de negligência: não dar os remédios, deixar sozinho quando não pode não alimentar e outras coisas que podem agravar a condição de vida e saúde da pessoa idosa (RODRIGUES, 2016, p.109).

A negligência contra a pessoa idosa frequentemente passa despercebida, mas pode causar danos significativos à saúde e ao bem-estar dos idosos. Pode se manifestar de diversas maneiras, incluindo a falta de assistência médica adequada, a ausência de cuidados básicos com higiene e alimentação, o abandono afetivo e a negligência financeira, diante da necessidade de materiais básicos para a vida da pessoa idosa.

A negligência contra a pessoa idosa é considerada violação dos direitos humanos e questão de saúde pública, necessitando de resposta urgente por parte da sociedade e das autoridades competentes. É fundamental que sejam implementadas políticas e programas de conscientização, capacitação e proteção dos idosos contra a negligência. Além disso, é necessário fortalecer os mecanismos de denúncia e fiscalização para garantir a responsabilização e a proteção dos direitos dos idosos.

No Brasil, o Estatuto da Pessoa Idosa estabelece diretrizes específicas para prevenir e combater essa prática, no artigo 98 define a negligência como a recusa ou omissão de cuidados que coloquem em risco a saúde e a integridade física ou psíquica

da pessoa idosa. No artigo 4, se destaca que nenhuma pessoa idosa será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.

Diante desse cenário, é imprescindível refletir sobre as práticas de negligência junto às pessoas idosas na sociedade, mobilizando ações de combate, com estímulo à promoção de ambiente seguro e acolhedor para todos. Como afirma o jurista brasileiro Carlos Ayres Britto: "A vida humana não se limita a um meio para alcançar outros fins, ela é um valor em si mesma." Portanto, é dever coletivo garantir o respeito e a proteção dos direitos das pessoas idosas, incluindo a vida digna, livre de negligência e abusos.

Outro crime identificado em relação às pessoas idosas é o abandono, que manifesta emoções e comportamentos, fazendo com que a pessoa se sinta privada de parte de si mesma. Caracteriza-se pela ausência dos responsáveis pela proteção da pessoa idosa, ou de apoio quando necessitado (RODRIGUES, 2016, p.109).

O abandono é problemática de difícil detecção, ocorre muitas vezes no interior dos domicílios, em espaços privados e fechados. Ocorre quando as pessoas idosas são deixadas à própria sorte, sem cuidados adequados e suporte necessário para sua subsistência e bem-estar. Isso pode resultar em condições precárias de vida, desnutrição e isolamento social, contribuindo para declínio rápido, fragilidade, debilidade da saúde física e mental.

O abandono da pessoa idosa representa uma das formas mais cruéis atentado contra a dignidade e os direitos fundamentais. No Brasil, o Código Penal e o Estatuto da Pessoa Idosa estabelecem dispositivos específicos para prevenir e punir essas práticas

abomináveis, como o artigo 133 do Código Penal, que tipifica o crime de abandono material, que consiste em deixar de prover à subsistência do idoso, em violação ao dever legal ou contratual de assistência. Essa conduta configura-se como forma grave de exposição dos idosos a condições de vida precárias e desumanas, comprometendo sua saúde e bem-estar.

5.3 LIMITAÇÃO, PRIVAÇÃO E SEQUESTRO

No contexto jurídico nacional, a proteção da liberdade, do respeito e da dignidade da pessoa idosa é essencial para garantir o pleno exercício de seus direitos fundamentais. Como preconizado na Constituição Federal de 1988, artigo 5º, VI: "É assegurada a todos a liberdade de consciência e de crença." Esse direito reconhece a autonomia e capacidade de tomar decisões sobre a própria vida.

A Constituição Federal proporciona fundamentos a partir dos direitos humanos, elencando princípios, direitos e garantias, incluindo o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (PEREIRA, 2018). Assim, para defender e garantir os direitos da pessoa idosa, o Estatuto da Pessoa Idosa, direciona a promoção aos direitos e proteção ao idoso de forma específica, além de apresentar diretrizes para assegurar os direitos fundamentais, como previsto no artigo 3º:

"É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, 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 ao convívio familiar e comunitário."

A dignidade da pessoa idosa é protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro como valor supremo a ser preservado, amparado na Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III, como fundamento da República Federativa do Brasil. Essa premissa é reforçada no Estatuto do Idoso, que veda qualquer forma de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão contra a pessoa idosa, assegurando-lhe o direito ao envelhecimento saudável e digno.

Convergente com o contexto jurídico nacional, é imprescindível que sejam adotadas medidas legislativas e políticas públicas que promovam e protejam a liberdade, o respeito e a dignidade da pessoa idosa. A efetivação desses princípios não apenas garante o pleno exercício dos direitos fundamentais dos idosos, mas também fortalece os alicerces de uma sociedade mais justa, solidária e inclusiva para todas as gerações.

A liberdade é princípio fundamental que permeia a legislação, garantindo o respeito aos direitos individuais e a autonomia das pessoas. O Código Penal, no artigo 159, estabelece que se configura o crime de sequestro quando alguém priva outra pessoa de sua liberdade, mediante violência ou grave ameaça, com o objetivo de obter resgate, exigir vantagem ou praticar outro ato criminoso. Esta disposição legal reflete a importância da liberdade como direito inviolável e protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

No que diz respeito ao Estatuto do Idoso, diversos dispositivos são voltados para assegurar a liberdade e autonomia das pessoas idosas, destacando-se o artigo 106, que estabelece como dever de todos prevenir a ameaça ou violação dos direitos da pessoa idosa, garantindo-lhe o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade. Além disso, o artigo 103 do Estatuto do Idoso proíbe qualquer forma de abuso financeiro, material ou

emocional contra a pessoa idosa, assegurando sua liberdade de ser vítima de exploração ou violência.

No que concerne ao direito à liberdade de locomoção, o artigo 100 do Estatuto do Idoso aponta a garantia às pessoas idosas do direito de viajar gratuitamente no transporte coletivo urbano, respeitadas as disposições legais e regulamentares. Assegurando a liberdade de deslocamento das pessoas idosas, facilitando sua participação na vida social e cultural da comunidade. Tanto o Código Penal quanto o Estatuto do Idoso conferem proteção à liberdade como direito inalienável e essencial para a dignidade e o bem-estar das pessoas, em consonância com os princípios fundamentais consagrados na Constituição Federal.

5.4 ABUSO, ESTELIONATO E SUBTRAÇÃO

O abuso e o abandono da pessoa idosa são realidades lamentáveis que confrontam a dignidade e os direitos fundamentais. No contexto brasileiro, em que a população idosa aumenta rapidamente, é essencial compreender e enfrentar esses desafios de forma eficaz e urgente.

O abuso contra a pessoa idosa pode se manifestar de várias maneiras, incluindo agressões físicas, psicológicas, financeiras e sexuais. Essas formas de abuso são perpetradas geralmente por pessoas próximas aos idosos, muitas vezes membros da própria família ou cuidadores, podendo deixar cicatrizes físicas e emocionais profundas.

O abuso da pessoa idosa não envolve apenas questões individuais, mas também problemas sociais que refletem falhas sistêmicas em nossa sociedade. A falta de apoio familiar, a escassez de recursos adequados para cuidados de longo prazo e ausência de políticas eficazes de proteção aos idosos contribuem para a perpetuação dessas violações dos direitos humanos.

Nesse sentido, é imperativo que o Estado, a sociedade civil e as instituições trabalhem em conjunto para prevenir, identificar e combater essas práticas. Isso inclui a implementação de políticas públicas que promovam o envelhecimento saudável e a inclusão social dos idosos, o fortalecimento dos sistemas de denúncia e proteção, e o aumento da conscientização sobre os direitos e necessidades específicas dessa população vulnerável.

Como sociedade, é fundamental que tenhamos a responsabilidade coletiva de assegurar que os idosos sejam tratados com dignidade, respeito e cuidado em todas as etapas de suas vidas. A injustiça em qualquer lugar representa ameaça à justiça em todos os lugares, e envolve também a proteção dos mais vulneráveis.

No Estatuto da Pessoa Idosa, diversos artigos tratam do abuso da pessoa idosa, reforçando a proteção legal e os direitos dessa parcela da população vulnerável, a saber, o artigo 103, que estabelece como crime qualquer forma de abuso financeiro, material ou emocional contra a pessoa idosa, incluindo a retenção indevida de seus proventos, bens ou benefícios, bem como a negativa de assistência indispensável ao seu bem-estar.

O abuso emocional também é abordado pelo Estatuto da Pessoa Idosa, conforme previsto no artigo 106, que considera crime qualquer conduta que vise a depreciação da

autoestima, a perturbação emocional ou a indução ao isolamento social do idoso. Esse tipo de abuso pode manifestar-se através de humilhações, ameaças, intimidações e chantagens, causando danos psicológicos graves e afetando negativamente a qualidade de vida dos idosos.

Por fim, o artigo 102 do Estatuto da Pessoa Idosa estabelece como obrigação do Estado, da família, da comunidade e da sociedade em geral assegurar à pessoa idosa os direitos 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 ao convívio familiar e comunitário. Essa disposição legal reforça a responsabilidade coletiva de proteger e promover o bem-estar dos idosos, prevenindo assim o abuso e o abandono. Assim, o abuso da pessoa idosa é violação grave dos direitos humanos e crimes puníveis por lei.

5.5 COAÇÃO E INJÚRIA

A coação contra a pessoa idosa pode assumir várias formas, incluindo ameaças, intimidação, manipulação e pressão psicológica, visando forçar o idoso a agir contra sua vontade ou interesse. No contexto da sociedade brasileira, o respeito pelos direitos humanos deve ser garantido a todas as pessoas, deste modo atos de coação contra os idosos são inaceitáveis, exigindo resposta eficaz por parte das autoridades e da sociedade em geral.

A coação contra a pessoa idosa muitas vezes ocorre no âmbito doméstico, perpetrada por entes familiares, cuidadores ou pessoas próximas ao idoso, podendo também ser realizada por estranhos durante a interação com a pessoa idosa. A coação

pode ter graves consequências para a saúde física e mental dos idosos, causando-lhes sofrimento e angústia, prejudicando a capacidade de tomar decisões autônomas e comprometendo a qualidade de vida.

O Estatuto da Pessoa Idosa, em seu artigo 107, caracteriza a coação como crime. Essa legislação reflete o compromisso do Estado brasileiro em proteger os direitos e a dignidade dos idosos, garantindo-lhes ambiente seguro e livre de coerção. É fundamental que todos os setores da sociedade estejam atentos a estes atos contra a pessoa idosa, agindo de forma proativa para prevenção. Isso inclui campanhas de conscientização, capacitação de profissionais, e fortalecimento das redes de apoio e proteção das pessoas idosas.

O Código Penal, no artigo 140, tipifica o crime de injúria, que consiste em ofender a dignidade ou o decoro de alguém, ferindo sua honra ou reputação. No contexto da pessoa idosa, este ato pode assumir diversas formas, como desrespeito, humilhação ou discriminação, causando-lhes sofrimento psicológico e emocional.

CONCLUSÃO

A análise minuciosa da violência e do preconceito direcionados à população idosa revela a premente necessidade do comprometimento coletivo e multidimensional para a salvaguarda da dignidade e dos direitos fundamentais desse segmento vulnerável da sociedade. O arcabouço legal estabelecido pelo Estatuto da Pessoa Idosa e pelo Código Penal brasileiro, embora robusto, ainda enfrenta desafios significativos em sua

implementação prática, pois muitos idosos continuam a ser vítimas de negligência, abandono e discriminação, em cenário que clama por transformações profundas.

A violência contra a pessoa idosa pode ter analogia com a violência contra a mulher, visto que compartilham elemento central da falta de percepção e reconhecimento da violência por parte das vítimas e da sociedade. Esta compreensão permite entender como a desvalorização e a invisibilidade das experiências de ambos os grupos perpetuam ciclos de abuso, muitas vezes, as vítimas não reconhecem determinadas ações como práticas violentas. Comentários depreciativos, controle financeiro e manipulação emocional podem ser normalizados em relacionamentos, levando a crença que esses comportamentos são parte do cotidiano ou até mesmo demonstração de cuidado. Essa falta de percepção é alimentada por estigmas sociais e culturais que minimizam a gravidade de tais atos, dificultando a busca por ajuda e a denúncia.

Da mesma forma, a violência contra a pessoa idosa frequentemente não é percebida como tal. Muitas vezes, compreende-se a negligência ou o abuso emocional como algo natural, consequência da idade avançada ou da dinâmica familiar. Internalizando a ideia de que as pessoas idosas merecem tais tratamentos, especialmente dentro de contextos familiares que promovem a desvalorização da sua experiência e dignidade, com argumento de práticas protetivas.

As variadas manifestações de violência contra os idosos são intrinsecamente complexas, revelando-se em contextos familiares, sociais e institucionais. A subnotificação de casos e a normalização de práticas abusivas indicam a presença de problema social arraigado, permeado pelo medo, vergonha e estigma frequente. Assim, torna-se imperativo que a sociedade se mobilize de maneira efetiva para desmistificar

esses tabus, promovendo conscientização abrangente sobre os direitos dos idosos, atos de idadismo e violência, e tipificação de crimes que podem acometer essa população.

Nesse contexto, a educação e a disseminação de informações adequadas configuram-se como ferramentas cruciais na luta contra a violência. A implementação de programas educativos que capacitem profissionais da saúde, de assistência social, do direito, assim como familiares e cuidadores, fomentando a essencialidade do ambiente digno, respeitoso e empático. A legislação, apesar de ampla, por si só, não se mostra suficiente; é imprescindível esforço conjunto entre o Estado, a sociedade civil e comunidades para garantir que as disposições legais não apenas existam, mas sejam efetivamente aplicadas e respeitadas em todas as esferas.

Ademais, o fomento a promoção de políticas públicas que assegurem condições dignas de vida, acesso à saúde e direitos para os idosos é vital na prevenção da marginalização e vulnerabilidade dessa população. A criação de redes de apoio e canais de denúncia, que operem de maneira acessível e acolhedora, são essenciais para que os casos de violência sejam reconhecidos e enfrentados de forma adequada e eficaz.

Diante da complexidade e gravidade dos desafios vivenciados pela pessoa idosa, destaca-se o preconceito e violência. Debater essas questões, em consonância com o direito penal, possibilita expandir a compreensão sobre o crime, tornando-se desafiador discernir a interpretação da ação e significação. Principalmente por se tratar de práticas subnotificadas pelo próprio público que é vítima.

Ampliando a extensão e complexidade da temática, aborda-se a teoria significativa do delito, alinhada à legislação imposta no sistema penal para regulação das ações

extensivas às condutas. É necessário ponderar sobre a correspondência do disposto na lei, com a realidade (emergente nos depoimentos das pessoas idosas), visto que configuram-se poucas ações entendidas como crime, geralmente vinculado a agressão física com hematomas e furto.

Portanto, a pesquisa desenvolvida, incita repensar sobre a compreensão social do crime vinculado à pessoa idosa, assim como a notificação destes. Em futuro não distante, haverá duplicação do quantitativo de pessoas idosas na população, porém preconceitos e violências são habituais, e infelizmente não reconhecidos como ilicitudes. Algumas práticas cotidianas estão imersas em condutas que devem ser reprimidas, visto que prejudicam as pessoas idosas, influenciam negativamente no seu bem-estar, autonomia, independência, liberdade e direitos.

Em suma, a proteção dos direitos da pessoa idosa deve ser prioridade que transcende o âmbito legal, erigindo-se como imperativo ético e social. A dignidade e a liberdade dos idosos são valores que refletem a capacidade de respeitar e valorizar a vida humana em sua totalidade. Garantir que esses valores sejam respeitados e promovidos é responsabilidade que recai sobre o coletivo, uma vez que a justiça e a equidade em relação aos mais vulneráveis são reflexos diretos da saúde moral da sociedade. É, portanto, dever coletivo lutar contra qualquer forma de preconceito e violência, assegurando que cada idoso tenha acesso à vida digna, segura, plena de respeito e direitos.

Neste arcabouço, o presente manuscrito estimula fortemente a criação de campanhas, cartilhas de conscientização, cursos, materiais de divulgação que versem sobre preconceito e violência contra as pessoas idosas, de modo a fomentar a percepção

das pessoas sobre o que conceitua essas práticas. Refutando ações que tiram a autodeterminação e dignidade das pessoas, com discurso de proteção e boas intenções. Fomentar a autonomia das pessoas idosas é essencial para que sejam reformuladas práticas camufladas no seio familiar e coletivo. Deste modo, torna-se imperativo debater estas questões em consonância com o direito penal, expandindo a reflexão sobre o crime, com compromisso dos autores em divulgar estratégias e materiais educativos sobre o assunto com a Ordem dos Advogados do Brasil e Comitê do Idoso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERTOLUCCI, P. H. F.; OKAMOTO, I. H.; BRUCKI, S. M. D.; SIVIERO, M. O.; TONIOLO NETO, J.; RAMOS, L. R. Applicability of the CERAD neuropsychological battery to Brazilian elderly. *Arq Neuro-Psiquiatria* [Internet] 2001 [Acessado em 13 de março de 2024];59(3A);532-36. <https://doi.org/10.1590/S0004-282X2001000400009>

BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal comentado. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte geral. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. Presidência da República. Subsecretaria de Direitos Humanos. Plano de Ação para o Enfrentamento da Violência Contra a Pessoa Idosa / Presidência da República. Subsecretaria de Direitos Humanos. Brasília: Subsecretaria de Direitos Humanos. 2005.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Brasil: manual de enfrentamento à violência contra a pessoa idosa. É

possível prevenir. É necessário superar. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República; Texto de Maria Cecília de Souza Minayo. — Brasília, DF: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2014.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. Estatuto da Pessoa Idosa. Lei nº10.741, de 1 de outubro de 2003. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/centrais-de-conteudo/pessoa-idosa/estatuto-da-pessoa-idosa.pdf/view>

BRASIL. Projeto de Lei nº 3167/2019. <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137004>

BRAGA, Pérola Melissa V. Curso de direito do idoso. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2011. E-book. ISBN 9788522480142. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9788522480142/>. Acesso em: 29 abr. 2024.

BRETAN M. Proteção, promoção e reparação dos direitos da pessoa idosa: V.06. Belo Horizonte, Marginalia Comunicação, 2016.

BOAS, Marco Antonio V. Estatuto do Idoso Comentado. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2015. E-book. ISBN 978-85-309-6510-5. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/978-85-309-6510-5/>. Acesso em: 07 mai. 2024

DANTAS, E. S. O.; AMORIM, K. P. C. Aspectos teórico-metodológicos em pesquisa qualitativa em saúde. Ciênc Saúde Coletiva. 2023;28(1):1589–90. <https://doi.org/10.1590/1413-81232023285.15862022>.

DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal: parte geral/ René Ariel Dotti. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FALCONERY, P. Q. (2024). O Acordo de Não Persecução Penal e a relegitimação do Direito Penal no Brasil. *Revista Brasileira De Ciências Criminais*, 191(n. 191), 235–259. Recuperado de <https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/RBCCRIM/article/view/139>

FRABONI, M., SALSTONE, R.; HUGHES, S. (1990). The Fraboni Scale of Ageism (FSA): An attempt at a more precise measure of ageism. *Canadian Journal on Aging*, 9(1), 56-66. doi: <http://dx.doi.org/10.1017/S0714980800016093>.

FLORENCIO, M. V. D. L.; GROSSI, P. K. Instrumentos quantitativos validados para identificação/rastreamento de violência contra a pessoa idosa. *Estudos Interdisciplinares de Envelhecimento*. v. 19, n. 3, p. 687-704, 2014. Disponível em <https://pesquisa.bvsalud.org/porta1/resource/pt/biblio-868897>

GARCIA, Maria; LEITE, Flávia Piva A.; Carla Matuck Borba Seraphim. *Comentários ao Estatuto do Idoso*. [Digite o Local da Editora]: SRV Editora LTDA, 2016. E-book. ISBN 9788502634435. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9788502634435/>.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Dados populacionais: Projeção da População das Unidades da Federação por sexo e grupos de idade*. Rio de Janeiro: IBGE, 2021.

LEFEVRE, F.; LEVEFRE, A. M. C. O sujeito coletivo que fala. *Interface - Comunic, Saúde, Educ*, [Internet] 2006 [Acessado em 08 de março de 2024];10(20):517-24. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1414-32832006000200017>

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Relatório mundial sobre o idadismo*. Washington, D.C.: Organização Pan-Americana da Saúde; 2022.. <https://doi.org/10.37774/9789275724453>. <https://reliefweb.int/report/world/w>

orld-population-prospects-2019-highlights?gad_source=1&gclid=Cj0KCQjwiMmwBhDmARIsABeQ7xSrlRj56O0oxaAqpz-r3QFWm0ySO5zHpLTTFpS-xj7GiJdDwdoFVAaAp-gEALw_wcB

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). World Population Prospects 2019: Highlights. 2019 Site: https://reliefweb.int/report/world/world-population-prospects-2019-highlights?gad_source=1&gclid=Cj0KCQjwiMmwBhDmARIsABeQ7xSrlRj56O0oxaAqpz-r3QFWm0ySO5zHpLTTFpS-xj7GiJdDwdoFVAaAp-gEALw_wcB

PAIXÃO Jr, C. M. et al. Adaptação transcultural para o Brasil do instrumento Caregiver Abuse Screen (CASE) para detecção de violência de cuidadores contra idosos. Cadernos de Saúde Pública [online]. 2007, v. 23, n. 9 [Acessado 29 Abril 2024], pp. 2013-2022. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-311X2007000900010>>. Epub 06 Ago 2007. ISSN 1678-4464. <https://doi.org/10.1590/S0102-311X2007000900010>.

RAMOS, Samuel Ebel Braga; BELLÉ, Cathiani M. Teoria significativa do delito e inteligência artificial: uma releitura do conceito de ação nos crimes de preconceito. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 190. ano 30. p. 93-114. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022

REIS, M.; NAHMIASH, D. Validation of the Caregiver Abuse Screen (CASE). Can J Aging 1995; 14:45-60.

RODRIGUES, Francine. Violência contra o idoso: Uma discussão sobre o papel do cuidador. Revista Kairós Gerontologia, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 107 - 119, abril - junho de 2016. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/kairos/article/view/30119>>

ROXIN, C. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. Organização e tradução de André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANTOS, Christiano J. Crimes de Preconceito e de Discriminação, 2ª EDIÇÃO. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013. E-book. p.208. ISBN 9788502113114. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502113114/>. Acesso em: 17 out. 2024.

SILVA, C. N., Kuhn Vieira, C., Anderson Brutti, T., & Cauduro Peranzoni, V. (2021). A VIOLÊNCIA E O PRECONCEITO CONTRA O IDOSO: QUESTÕES SOCIOHISTÓRICAS. *BIOMOTRIZ*, 14(4), 140–146. <https://doi.org/10.33053/biomotriz.v14i4.232>

SOUZA, V. R. D.S.; MARZIALE, M. H. P.; SILVA, G. T. R.; NASCIMENTO, P. L. Tradução e validação para a língua portuguesa e avaliação do guia COREQ. *Acta Paul Enfermagem* [Internet] 2021 [Acessado 11 de março de 2024];24(1);eAPE02631. <https://doi.org/10.37689/acta-ape/2021AO02631>

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). World Population Prospects: The 2017 Revision, Key Findings and Advance Tables. [Internet]. 2017. Disponível em: https://population.un.org/wpp/Publications/Files/WPP2017_KeyFindings.pdf

**DESAFIOS NA REGULAÇÃO DE BIG TECHS: UMA ANÁLISE
DO REGIME GERAL DE RESPONSABILIDADE DE PLATAFORMAS E
A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 23.732/2024 DO
TSE**

*CHALLENGES IN REGULATING BIG TECHS: AN ANALYSIS OF
THE GENERAL PLATFORM LIABILITY REGIME AND THE
(IN)CONSTITUTIONALITY OF TSE RESOLUTION NO. 23.732/2024*

Enrico Cattoni Poffo¹
João Victor Archegas²
Luíza Furtado³

RESUMO

O presente artigo busca analisar o regime de responsabilização das *Big Techs* no Brasil, sobretudo o regime previsto na Resolução nº 23.732/2024 do TSE e seu contraponto com o procedimento estabelecido no Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014). Mediante a pesquisa qualitativa de doutrina e jurisprudência dos Tribunais Superiores e da Suprema Corte dos Estados Unidos, será realizado um estudo comparativo a fim de identificar e compreender os principais desafios na regulação de *Big Techs*, especialmente no âmbito das eleições, cujo principal embate tem sido a remoção de conteúdo potencialmente danoso para o pleito eleitoral e ao Estado Democrático de Direito. É evidente que as plataformas digitais gozam de elevada robustez de informações, fator que representa impactos diretos ao ecossistema de comunicação interpessoal. Desta forma, as conclusões deste trabalho podem

¹ Aluno do 10º período do curso de Direito da FAE Centro Universitário. E-mail: enricopoffo@gmail.com

² Orientador da pesquisa. Mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. *Master of Laws* pela Harvard Law School (EUA). Professor da FAE Centro Universitário. E-mail: joao.archegas@fae.edu

³ Aluna do 10º período do curso de Direito da FAE Centro Universitário. E-mail: furtadolu2710@gmail.com

auxiliar na indicação do regime de responsabilização mais adequado para as plataformas digitais, ao menos no contexto jurídico nacional.

Palavras-chave: Regulação. *Big Techs*. Regime de Responsabilização. Democracia. Eleições.

ABSTRACT

This article aims to analyze the liability regime of Big Techs in Brazil, particularly the regime outlined in Resolution No. 23.732/2024, and its contrast with the procedure established in the Internet's Civil Mark (Law 12.965/2014). Through qualitative research of doctrine and jurisprudence from the Brazilian Superior Courts and the United States Supreme Court, a comparative study will be conducted to identify and understand the main challenges in regulating Big Techs, especially in the context of elections, where the primary issue has been the removal of potentially harmful content to the electoral process and the Democratic State of Law. It is evident that digital platforms possess a high level of information robustness, which directly impacts the ecosystem of interpersonal communication. Therefore, the conclusions of this study may help indicate the most suitable liability regime for digital platforms, at least within the Brazilian legal context.

Keywords: Regulation. Responsibilization Regime. Democracy. Elections.

INTRODUÇÃO

A era digital trouxe transformações significativas em diversos aspectos da vida em sociedade, impulsionando a ascensão de grandes plataformas tecnológicas, conhecidas como Big Techs, que desempenham um papel central no ecossistema de comunicação e informação. Empresas como Meta, Google e Twitter têm se tornado intermediárias primordiais na interação social, política e econômica, acumulando vastas quantidades de dados pessoais e exercendo influência considerável sobre o discurso público.

Nesse contexto, o desafio de regulamentar essas empresas no Brasil ganha contornos específicos, particularmente no que diz respeito à responsabilidade pelo

conteúdo disseminado em suas plataformas. A promulgação do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) foi um divisor de águas neste processo, estabelecendo diretrizes sobre a responsabilização de provedores de aplicação de internet. No entanto, a crescente propagação de desinformação, especialmente em períodos eleitorais, revelou lacunas na legislação vigente.

Diante disso, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) editou a Resolução nº 23.732/2024, com o objetivo de acelerar a remoção de conteúdos potencialmente prejudiciais à integridade do processo eleitoral. Essa norma, entretanto, gerou debates acerca de sua constitucionalidade e de seu possível conflito com o regime de responsabilização estabelecido pelo Marco Civil da Internet.

Este trabalho visa explorar os desafios regulatórios impostos pelas Big Techs no Brasil, com ênfase na análise da Resolução nº 23.732/2024, avaliando sua (in)constitucionalidade à luz do ordenamento jurídico brasileiro. A pesquisa busca, assim, contribuir para o entendimento das implicações jurídicas da regulação dessas plataformas e os impactos sobre a liberdade de expressão e a democracia no Brasil.

1 *BIG TECHS, POPULISMO E EROSÃO DEMOCRÁTICA*

Não é mais novidade afirmar que diversos países do Ocidente estão enfrentando um período de recessão democrática que tem por resultado o enfraquecimento dos pilares que sustentam o constitucionalismo liberal. Trata-se de um debate que ganhou força nos últimos anos, principalmente após a eleição de Donald J. Trump nos EUA em 2016. Naquele mesmo ano, Nancy Bermeo publicou o artigo "*On Democratic Backsliding*", trabalho no qual demonstra que essa onda de

"desdemocratização" não se caracteriza por golpes de estado ou repentinas rupturas, mas por um processo gradual de desgaste dos predicados da democracia liberal⁴.

Neste cenário, Tom Ginsburg e Aziz Huq buscam rotular essa forma lenta de decadência da democracia, apresentando à academia o termo "erosão democrática", fenômeno que ocorre através do "declínio incremental, embora substancial, nos três predicados básicos da democracia: eleições competitivas, direitos liberais à expressão e associação e o Estado de Direito"⁵. Veja-se, portanto, que estamos diante de uma situação altamente complexa e igualmente perigosa, uma vez que tal declínio incremental é capaz de corromper a substância da democracia como a conhecemos e, ao mesmo tempo, manter intactos seus elementos formais⁶. Embora a democracia aparente funcionar externamente, sua essência está se esvaziando, afastando-se de práticas democráticas, especialmente no que se refere ao discurso populista.

Os pressupostos do populismo são democráticos do ponto de vista retórico, girando em torno da ideia de que mais poder deve ser dado ao povo em detrimento de instituições intermediárias que buscam, na visão do populismo, frustrar a soberania popular. Neste ponto em específico, cumpre destacar que embora exista um "hype" populista⁷ na academia, o seu conceito pode ser ressignificado em meio à cacofonia. Ainda que, por um lado, se busque uma definição única de populismo a fim de nutrir a tradição dicotômica na política, não é possível utilizar o termo no singular. Neste sentido, Thomás Zicman de Barros e Miguel Lago afirmam que o que existe, na realidade, são populismos, no plural. Assim, o populismo seria uma lógica que constrói

⁴ BERMEO, Nancy. On Democratic Backsliding. **Journal of Democracy**, n. 27, v. 1, 2016.

⁵ GINSBURG, Tom. HUQ, Aziz Z. **How to Save a Constitutional Democracy**. Chicago: The University of Chicago Press, 2018, p. 43.

⁶ Nesse sentido, ver SCHEPPELE, Kim Lane. Worst Practices and the Transnational Legal Order (or How to build a Constitutional "Democratorship" in Plain Sight). **University of Toronto Faculty of Law Working Paper**, 2016.

⁷ BARROS, Thomás Zicman de. LAGO, Miguel. **Do que falamos quando falamos de populismo?** 1ª ed. São Paulo. Companhia das Letras, 2022. p. 27

identidades coletivas, nem sempre democráticas⁸. O grande desafio, portanto, não é retórico, mas sim o fato de que muitos partem dessa narrativa para buscar mudanças sistemáticas na arquitetura constitucional do Estado como parte de um projeto "iliberal" de concentração de poder na figura do Executivo, inclusive por meio de mudanças nas regras eleitorais⁹.

Nessa perspectiva, o *modus operandi* do populismo, nos últimos anos, passou a ser outro. A retórica populista que antes precisava acessar os meios de comunicação de massa, os sindicatos, os partidos políticos e os movimentos sociais, hoje se utiliza de instrumentos que estabelecem uma comunicação quase que personalizada, facilitando a identificação do povo com a liderança. Assim, os principais instrumentos utilizados para atacar as bases do constitucionalismo democrático e liberal tem sido as tecnologias digitais.

Nas palavras de Zicman e Lago, "as mídias sociais parecem fornecer um terreno fértil para o florescimento de movimentos populistas"¹⁰. O uso de plataformas digitais de redes sociais se tornou central para a estratégia de líderes autoritários que buscam subverter os predicados da democracia e concentrar poder às custas de instituições intermediárias, enfraquecendo, assim, o sistema constitucional de freios e contrapesos. É possível afirmar, portanto, que na era digital a erosão democrática é impulsionada por novas tecnologias, notadamente os algoritmos de disseminação de conteúdos em redes sociais que são explorados para facilitar campanhas de desinformação.

⁸ Apesar de muitas teorias apresentarem o populismo como um fenômeno essencialmente patológico, que ameaça à democracia liberal, o caráter patológico não é um traço geral de toda experiência populista. Nesse sentido, o populismo não é bom, e nem é ruim - é uma lógica que constrói identidades coletivas. BARROS, Thomás Zicman de. LAGO, Miguel. **Do que falamos quando falamos de populismo?** 1ª ed. São Paulo. Companhia das Letras, 2022. pp. 151, 153, 154, 165 e 167.

⁹ PRENDERGAST, David. The Judicial Role in Protecting Democracy from Populism. **German Law Journal**, v. 20, n. 2, 2019, pp. 245-69.

¹⁰ BARROS, Thomás Zicman de. LAGO, Miguel. **Do que falamos quando falamos de populismo?** 1ª ed. São Paulo. Companhia das Letras, 2022. P. 169.

Em concordância com Giuliano da Empoli, "por trás das aparências extremadas do Carnaval populista, esconde-se o trabalho feroz de dezenas de *spin doctors*, ideólogos e, cada vez mais, cientistas especializados em Big Data, sem os quais os líderes do novo populismo jamais teriam chegado ao poder"¹¹. Esse cenário é descrito como tecnoautoritarismo, onde tecnologias digitais são usadas para fortalecer o poder estatal e facilitar a vigilância. O uso de "tropas digitais"¹² para espalhar desinformação foi observado em eventos como as manifestações de janeiro de 2021 e 2023, em que campanhas de desinformação foram organizadas para criar falsos consensos. Segundo Bradshaw e Howard¹³, desde 2010, os partidos políticos têm desembolsado mais de meio bilhão de dólares na investigação, desenvolvimento e implementação de operações psicológicas e na manipulação da opinião pública através das redes sociais.

O modelo de negócios das grandes plataformas de tecnologia, que prioriza o engajamento e a viralização, contribui para essa dinâmica, alinhando-se ao que Shoshana Zuboff chama de "capitalismo de vigilância"¹⁴. Em vez de descentralizar o poder, a Internet moderna acabou concentrando-o nas mãos de grandes empresas, criando um ponto de estresse para a democracia. Assim, o tecnoautoritarismo se torna uma ferramenta crucial na erosão democrática, com as tecnologias digitais facilitando campanhas de desinformação. Essa relação cria uma espécie de "máquina da

¹¹ EMPOLI, Giuliano da. **Os engenheiros do caos: como as fake news, as redes sociais e os dados viraram armas de guerra**. São Paulo: Vestígio, 2019.p. 18.

¹² As "cyber troops" são definidas como atores governamentais ou de partidos políticos encarregados de manipular a opinião pública na internet. Sobre essa definição, conferir: BRADSHAW, Samantha. HOWARD, Philip N. **Challenging Truth and Trust: A Global Inventory of Organized Social Media Manipulation**. Computational Propaganda Research Project. University of Oxford, 2018. p. 4.

¹³

¹⁴ Shoshana ZUBOFF, Shoshana. **Age of Surveillance Capitalism**. Edição publicada mediante acordo com Perseus Books, LLC, Nova York, Nova York, Estados Unidos. Copyright, 2019. A autora apresenta algumas definições do que seria o "Capitalismo de Vigilância", dentre elas, há o apontamento para uma nova ordem econômica que reivindica a experiência humana como matéria-prima gratuita para práticas comerciais dissimuladas de extração, previsão e vendas.

mentira"¹⁵, que se baseia na produção, análise e distribuição de mensagens falsas para sustentar agendas políticas. Combater essa máquina requer estratégias variadas, incluindo a identificação de fontes de financiamento de desinformação e a proteção de dados pessoais, além de discutir a moderação de conteúdo em plataformas digitais e sua compatibilidade com a liberdade de expressão.

2 PLATAFORMAS COMO SISTEMAS DE GOVERNANÇA

Antes de se pensar em como estruturar a regulação de plataformas na era das campanhas de desinformação, em especial aquelas que têm como alvo o Estado Democrático de Direito, é preciso analisar o ecossistema de moderação de conteúdo que, como ensina Tarleton Gillespie, configura a principal *commodity* oferecida pelas plataformas aos seus usuários¹⁶. Trata-se, conseqüentemente, da linha de frente no combate à desinformação. O DNA de uma plataforma está na sua escolha sobre o que moderar, visando criar um ambiente personalizado, previsível e seguro para o usuário, contribuindo, assim, para a diversidade na Internet.

As plataformas não apenas removem conteúdos ilegais, mas também aqueles que não se alinham com seus objetivos, como a receita de um bolo, que pode ser excluída de um blog de relatos de viagem, a fim de se manter a identidade do site. As regras que orientam essa moderação são conhecidas por diferentes nomes, como termos de uso e políticas da comunidade. Salvar a esfera de autonomia dessas

¹⁵ HOWARD, Philip N. **Lie Machines**: How to save democracy from troll armies, deceitful robots, junk news operations, and political operatives. New Haven: Yale University Press, 2020.

¹⁶ GILLESPIE, Tarleton. **Custodians of the Internet**: platforms, content moderation, and the hidden decisions that shape social media. New Haven: Yale University Press, 2018.

empresas na definição e aplicação de suas regras é um dos princípios que guia a regulação e governança da Internet desde os anos 90¹⁷.

Nos primórdios da web, legisladores já se esforçavam para incentivar a inovação e proteger a liberdade de expressão. Essa fase inicial de regulação foi influenciada pelo "ciberlibertarianismo", que defendia a ausência de intervenção estatal na esfera digital e a criação de regras próprias para o ciberespaço, além das fronteiras nacionais. A "Declaração de Independência do Ciberespaço", assinada por John Perry Barlow em 1996, exemplifica esses debates:

Governos do mundo industrial, gigantes cansados de carne e aço, eu venho do Ciberespaço, o novo lar da Mente. Em nome do futuro, eu peço a vocês do passado que nos deixem em paz. Vocês não são bem-vindos entre nós. Vocês não têm soberania onde nos reunimos.

Não temos um governo eleito, nem é provável que um dia o tenhamos, então eu me dirijo a vocês com uma autoridade não maior do que aquela com a qual a própria liberdade se manifesta. Eu declaro que o espaço social global que estamos construindo é naturalmente independente das tiranias que vocês tentam impor. Vocês não têm o direito moral de nos governar ou sequer possuem quaisquer métodos coercitivos que tenhamos real razão de temer¹⁸.

Nos Estados Unidos, local onde grandes empresas pioneiras na Internet ainda estão sediadas desde sua fundação, dois julgamentos notáveis na década de 90¹⁹ ajudaram a moldar a discussão sobre a regulamentação de plataformas digitais. No primeiro desses casos, em 1991, a Corte Distrital do Distrito Sul de Nova York decidiu no caso de *Cubby v. CompuServe* que um operador de fórum online não poderia ser responsabilizado por conteúdo ilegal publicado por terceiros em sua plataforma, uma

¹⁷ LEMOS, Ronaldo; ARCHEGAS, João Victor. A Constitucionalidade do Artigo 19 do Marco Civil da Internet. In: BRITTO, Carlos A. Ayres de Freitas (Coord.). **Supremo 4.0: Constituição e Tecnologia em Pauta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, pp. 109-125.

¹⁸ BARLOW, John Perry. A Declaration of the Independence of Cyberspace. **Electronic Frontier Foundation**, 8 de fevereiro de 1996. Disponível em <<https://www.eff.org/pt-br/cyberspace-independence>>.

¹⁹ KLONICK, Kate. The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech. **Harvard Law Review**, v. 131, pp. 1598-1670, 2018.

vez que não realizava a revisão desse conteúdo. Segundo os juízes, a CompuServe funcionava como distribuidora, e não como editora, não tendo envolvimento direto na criação dos conteúdos postados.

Quatro anos após o caso anterior, em 1995, a Suprema Corte de Nova York proferiu uma decisão no caso *Stratton Oakmont v. Prodigy Services*, estabelecendo que uma operadora de fórum online poderia ser responsabilizada por conteúdos ilegais publicados por terceiros, devido ao fato de estar ativamente excluindo certas postagens. Os juízes concluíram que, ao moderar o conteúdo, a plataforma deixava de ser apenas uma distribuidora e assumia o papel de editora, tornando-se suscetível à responsabilização civil. Isso porque, ao definir critérios de publicação e empregar softwares de moderação, a Prodigy Services passou a ter uma participação ativa na formação das postagens, o que, segundo a legislação dos Estados Unidos, a tornava passível de ser responsabilizada por quaisquer ilegalidades nas postagens.

As decisões judiciais nos Estados Unidos, embora consistentes com o sistema de *common law*, criaram um incentivo prejudicial para as plataformas digitais, ameaçando o mercado emergente de tecnologias. O dilema é que, ao investir em inovações e moderar conteúdo para aumentar a segurança, essas plataformas podem se tornar vulneráveis à responsabilização por conteúdos de terceiros. Esse risco de responsabilidade civil se intensificou com o crescimento da informação na Internet nos anos 90, podendo desestimular novos investimentos e a entrada de novos participantes no mercado.

Nesse sentido, se uma plataforma optasse por moderar conteúdo para evitar problemas legais, isso poderia levar a uma vigilância excessiva das comunicações dos usuários, restringindo a liberdade de expressão. Além disso, as plataformas não têm a expertise necessária para identificar e aplicar leis locais, o que poderia agravar ainda mais a situação. Por outro lado, se uma plataforma optasse por não moderar nada para se classificar apenas como distribuidora, perderia o controle sobre o

conteúdo que não se alinha com a sua política interna e poderia ser relutante em agir contra conteúdos prejudiciais ao Estado Democrático de Direito.

Portanto, independentemente da perspectiva pela qual essa questão seja analisada, é evidente que as decisões nos casos *Cubby v. CompuServe*²⁰ e *Stratton Oakmont v. Prodigy Services*²¹ não estavam adequadamente adaptadas às particularidades e desafios da nova era digital. Nesse contexto, os deputados Chris Cox e Ron Ryden introduziram uma emenda ao *Communications Decency Act* (CDA) de 1996, culminando na criação e aprovação da seção 230, que estabelece que "nenhum provedor ou usuário de um serviço interativo de computador deverá ser tratado como editor ou autor de qualquer informação fornecida por outro provedor de conteúdos".

Com algumas ressalvas, como em situações onde plataformas infringiam leis penais federais dos EUA ou participem ativamente na criação de conteúdo ilegal ou prejudicial, a seção 230 estabeleceu uma proteção abrangente contra a responsabilização por conteúdos postados por terceiros. Adicionalmente, ela incorporou ao sistema jurídico dos EUA a "cláusula do bom samaritano", que amplia essa imunidade para os casos em que as plataformas, agindo de boa fé, tentam moderar seus serviços para eliminar materiais considerados "obscenos",

²⁰ DAVID, Decio Franco; HAMMERSCHMIDT, Karina (2023, *apud* BARRETO JUNIOR, 2017). **Responsabilidade Penal da Pessoa Coletiva e o Princípio da Culpabilidade nos Crimes Informáticos em Redes Sociais**. Caderno Paic, 2023. Disponível em <https://cadernopaic.fae.emnuvens.com.br/cadernopaic/article/view/559>. Acesso em 18/10/2024. Trata-se de um dos primeiros julgados sobre difamação na internet, realizado pela Corte Distrital de Nova Iorque, decidindo pela inexistência de responsabilidade por parte da CompuServe, sob o fundamento de que a empresa enquanto provedora de conteúdo não teve viabilidade de visualização previamente sobre o conteúdo da publicação, antes de ser postada na rede, não podendo desta forma ser responsabilizada pela mensagem exposta.

²¹ *Ibid.* Em 1995, outro processo envolvendo Stratton Oakmont, Inc versus Prodigy Service Co. esclareceu responsabilidades dos provedores de internet. A Prodigy filtrava e ocasionalmente removia conteúdo ofensivo dos espaços que hospedava. Deste modo, o tribunal compreendeu que a empresa era editora, portanto, responsável pelo conteúdo divulgado.

"excessivamente violentos" ou "objetáveis", mesmo que tais conteúdos sejam protegidos de maneira constitucional.

A seção 230 é reconhecida por ser um divisor de águas no ambiente de autorregulação das plataformas digitais, a nível global, permitindo que elas tenham a liberdade de desenvolver e aplicar seus próprios padrões, regras e soluções técnicas de moderação, sem o medo de serem responsabilizadas civilmente por conteúdos postados por terceiros. Esse regime de imunidade tem sido replicado no mundo todo, especialmente no Brasil, onde uma discussão semelhante vem sendo pautada pelo artigo 19 do Marco Civil da Internet de 2014.

3 MARCO CIVIL DA INTERNET E O ARTIGO 19

O anteprojeto do Marco Civil da Internet (Lei 12.965) foi objeto de longas discussões²² no âmbito da sociedade civil, tendo em vista a utilização de um estimável instrumento de engajamento popular, a consulta pública. Assim, após sete anos de debates com a sociedade digital, a legislação foi aprovada em 2014, inaugurando um novo cenário, no qual o conceito de “Internet livre” estaria ligado não à ausência de leis, mas à existência de leis e princípios que pudessem garantir e preservar as liberdades que são usufruídas por todos em detrimento do desenvolvimento da internet²³.

Ainda que não seja uma lei voltada, necessariamente, à regulação de plataformas e moderação de conteúdo, o Marco Civil da Internet contém, em seu artigo 19, elementos que tratam da responsabilidade civil dos provedores de aplicação

²² O Jornal Folha de São Paulo (edição de 26 de março de 2014, p. 11) destaca reportagem com o título: **Após quase três anos de embates, Câmara aprova a ‘lei da internet’**.

²³ LEMOS, Ronaldo. SOUZA, Carlos Affonso. *Marco Civil da Internet: construção e aplicação*. Juiz de Fora. Editora Associada LTDA, 2016. p. 18.

quanto a publicação de conteúdo de terceiros²⁴. Neste panorama, um dos aspectos mais discutidos foi, justamente, o regime de responsabilização de provedores, que, até então, era englobado pelo Código de Defesa do Consumidor, evidenciando ao legislador a necessidade de estruturar uma proteção normativa expressa aos usuários de internet.

Assim, esculpiu-se no artigo 19²⁵ o regime de responsabilização dos provedores de aplicações na internet²⁶, segundo o qual eles só serão responsabilizados por conteúdo disponibilizado por terceiro caso deixem de promover as medidas ao seu alcance para cumprir decisão judicial prévia e específica que determine a remoção de conteúdo.

²⁴ Observações na moderação de conteúdo: iniciativas legais e sua prática na autorregulação regulada e autorregulação. In: CAMPOS, Ricardo (Org.). O futuro da regulação de plataformas digitais: Digital Services Act (DSA), Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil. Legal Grounds Institute, 2023, pág. 246/268

²⁵ Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

§ 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

²⁶ Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

V - conexão à internet: a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP;

VII - aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet;

Nesse diapasão, pode-se inferir a escolha do legislador pela responsabilização dos provedores de forma objetiva²⁷. Tal inclinação demonstra um afastamento da “cláusula do bom samaritano”, pelo menos em parte. Sobre isso, Carlos Affonso Souza e Ronaldo Lemos lançam algumas indagações²⁸, dentre elas: Teria o provedor o dever de fiscalizar, monitorar e, conseqüentemente, filtrar os conteúdos que são submetidos por seus usuários? Ainda, deve o provedor responder se, uma vez ciente do conteúdo reputadamente danoso, falha em removê-lo, usualmente quando notificado pela vítima?

Em decisão recente, o Superior Tribunal de Justiça²⁹ pôde apontar um possível caminho acerca desses questionamentos - os quais estão inclusive pendentes de decisão pelo Supremo Tribunal Federal³⁰ - destacando que a regra do art. 19 do Marco Civil da Internet busca equilibrar, no campo normativo, o comportamento do provedor de aplicações de internet no que se refere à liberdade de expressão, à vedação da censura e à responsabilização da plataforma decorrente de conteúdo gerado por terceiros, bem como a eventual necessidade de remoção de tal conteúdo.

Ademais, o STJ concluiu que a análise da legalidade da retirada, por iniciativa própria, de conteúdos que violem os termos de uso, as políticas e as diretrizes da comunidade, questão central do referido recurso, por sua vez, também guarda relação de equilíbrio entre a conduta do provedor de aplicações e os valores conformados no

²⁷ LEMOS, Ronaldo. SOUZA, Carlos Affonso. *Marco Civil da Internet: construção e aplicação*. Juiz de Fora. Editora Associada LTDA, 2016. p. 75.

²⁸ Ibidem. p. 75.

²⁹ O Superior Tribunal de Justiça julgou, no âmbito do Recurso Especial nº 2139749, controvérsia jurídica que consistia em definir se a plataforma de vídeos Youtube, provedor de aplicação de internet de propriedade da Google, ora recorrida, pode remover, suspender ou tornar indisponíveis conteúdos de usuário que viole seus termos de uso aplicáveis, especialmente no contexto da pandemia da Covid-19, e se tal moderação de conteúdo encontraria amparo no ordenamento jurídico, notadamente na perspectiva da liberdade de expressão, da proibição da censura e da responsabilidade dos provedores.

³⁰ Recursos Extraordinários (REs) 1.037.396 e 1.057.258, que discutem assuntos de repercussão geral, identificados como Temas 533 e 987: I) Tema 533: Considera o dever das empresas hospedeiras de internet em monitorar e retirar conteúdo considerado ofensivo sem intervenção judicial. II) Tema 987: Discute a constitucionalidade da exigência de uma ordem judicial prévia e específica para a exclusão de conteúdo.

Marco Civil da Internet. Logo, entende-se que a análise de retirada, conforme os termos de uso de cada provedor, garante um vínculo harmônico com a previsão do artigo 19.

Nesse sentido, cumpre destacar que os termos de uso precisam ser aceitos por todos que pretendem se cadastrar em uma plataforma online. Qualquer pessoa que tente se cadastrar irá se deparar com a necessidade de concordar com a seguinte declaração “Li e aceito os Termos de Uso”. Assim, os “Termos de Uso” são contratos que regulam a relação entre usuários e prestadores de serviço no ambiente online³¹ e, portanto, devem ser cumpridos, principalmente se levarmos em conta o princípio da *“pacta sunt servanda”* que regula as relações contratuais no direito civil, o qual determina que o contrato faz lei entre as partes.

Nessa perspectiva, o entendimento do STJ caminha no sentido de que “as plataformas têm todo o incentivo para cumprir não apenas a lei, mas, fundamentalmente, os seus próprios termos de uso”, a fim de evitar a judicialização de eventuais contestações. Ora, o Marco Civil da Internet prevê que o provedor de conteúdo somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não o tornar indisponível. Todavia, o instrumento normativo não impede, muito menos proíbe as plataformas de moderarem o conteúdo e assim, realizarem uma atividade de *compliance* no seu âmbito interno.

Assim sendo, é possível compreender que, ao estabelecer as regras do artigo 19, o legislador não se distanciou completamente da “cláusula do bom samaritano”, permitindo que as plataformas atuassem de forma preventiva por meio da moderação de conteúdo, desde que respeitados os limites dos seus termos de uso.

³¹ VENTURINI, Jamila. Termos de Uso e Direitos Humanos: *Uma análise dos contratos das plataformas online*. 1ª ed. Rio de Janeiro. Revan, 2019. p. 18

4 A RESOLUÇÃO Nº 23.732/2024 E A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Em que pese o regime de responsabilização do Marco Civil da Internet dispor de uma condicionante (o descumprimento de decisão judicial que determine a remoção de conteúdo), o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) optou por um caminho alternativo no âmbito do processo eleitoral via resolução.

Conforme abordado anteriormente, nos últimos anos, os principais instrumentos utilizados para atacar as bases do constitucionalismo democrático e liberal – principalmente durante o período eleitoral - têm sido as tecnologias digitais, gerando inquietação às instituições.

Devido à aproximação das eleições municipais, e principalmente em detrimento da lacuna normativa deixada pela pendência de votação do “Projeto de Lei das Fake News”³² pelo Congresso, o TSE aprovou 12 resoluções, dentre elas, a Resolução 23.732 de 27 de fevereiro de 2024, que dispõe da propaganda eleitoral nas plataformas digitais, e tem a finalidade de tornar mais célere o processo de remoção de conteúdo potencialmente danoso ao pleito eleitoral.

A resolução gerou certa efervescência entre os críticos, sobretudo em razão de seu artigo 9º-E, que trata do regime de responsabilização das *Big Techs* durante o período eleitoral, nos seguintes termos:

Art. 9º-E. Os provedores de aplicação serão solidariamente responsáveis, civil e administrativamente, quando não promoverem a indisponibilização imediata de conteúdos e contas, durante o período eleitoral, nos seguintes casos de risco:

³² Projeto de Lei nº 2630 de 2020: Estabelece normas relativas à transparência de redes sociais e de serviços de mensagens privadas, sobretudo no tocante à responsabilidade dos provedores pelo combate à desinformação e pelo aumento da transparência na internet, à transparência em relação a conteúdos patrocinados e à atuação do poder público, bem como estabelece sanções para o descumprimento da lei.

I – de condutas, informações e atos antidemocráticos caracterizadores de violação aos artigos 296, parágrafo único; 359-L, 359-M, 359-N, 359-P e 359-R do Código Penal;

II – de divulgação ou compartilhamento de fatos notoriamente inverídicos ou gravemente descontextualizados que atinjam a integridade do processo eleitoral, inclusive os processos de votação, apuração e totalização de votos;

III – de grave ameaça, direta e imediata, de violência ou incitação à violência contra a integridade física de membros e servidores da Justiça eleitoral e Ministério Público eleitoral ou contra a infraestrutura física do Poder Judiciário para restringir ou impedir o exercício dos poderes constitucionais ou a abolição violenta do Estado Democrático de Direito;

IV – de comportamento ou discurso de ódio, inclusive promoção de racismo, homofobia, ideologias nazistas, fascistas ou odiosas contra uma pessoa ou grupo por preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, religião e quaisquer outras formas de discriminação;

V - de divulgação ou compartilhamento de conteúdo fabricado ou manipulado, parcial ou integralmente, por tecnologias digitais, incluindo inteligência artificial, em desacordo com as formas de rotulagem trazidas na presente Resolução.

Como pode se observar, o TSE optou por um regime de responsabilidade solidária quando os provedores de aplicações não promoverem a indisponibilização imediata de conteúdos e contas nos casos elencados no artigo. Desta forma, entende-se que a resolução caminha em sentido contrário em relação ao Marco Civil da Internet, que prevê, em regra, um regime de responsabilidade condicionado ao não cumprimento de ordem judicial específica e, excepcionalmente, dispõe de um regime de responsabilidade subsidiária restrito a casos de pornografia de vingança³³.

Preliminarmente, cumpre destacar a louvável iniciativa do Tribunal Superior Eleitoral, sobretudo após campanhas presidenciais conturbadas em 2018 e 2022, as quais contaram com a proliferação de discursos de ódio, desinformação e conteúdos que descredibilizaram o sistema brasileiro de votação. Nesse sentido, é

³³ Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

compreensível que o TSE busque, a partir da competência normativa que lhe foi incumbida, atuar de maneira mais ativa e, de certa forma, reacionária.

A sua competência para criar normas é desempenhada no momento em que cabe aos sete ministros do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) elaborar, na forma de resoluções, o conjunto de normas que regem cada eleição em âmbito nacional, seja ela geral ou municipal.³⁴ Todavia, muito tem se questionado se o referido tribunal usurpou sua competência normativa ao formular no artigo 9º - E, um novo regime de responsabilização das plataformas digitais, vez que o tema já foi regulado pela União no âmbito de elaboração do Marco Civil Internet. Nesse sentido, a jurisprudência internacional entende que, de acordo com o artigo 13 da Convenção Americana, as restrições à liberdade de expressão devem ser excepcionais, mediante a observância de alguns fatores para que sejam admitidas. Dentre eles, destaca-se a necessidade de forma precisa e clara por meio de uma lei em sentido formal e material³⁵.

Logo, entende-se que há uma hierarquia normativa entre uma lei produzida pelo Congresso Nacional e uma regra administrativa que regulamenta apenas disposições gerais. Portanto, uma vez que a competência normativa para elaborar leis é da União, através do Congresso Nacional, não caberia ao Tribunal Superior Eleitoral intervir, especialmente quando o tema já tiver sido por aquele regulado. Essa lógica infere-se na verificação de uma possível inconstitucionalidade da Resolução 23.732/2024. Sobre isso, o Supremo Tribunal Federal julgou recentemente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7261 que tratou da (in) constitucionalidade de outra resolução do TSE, a Resolução nº 23.714/2022, que dispunha sobre o enfrentamento

³⁴ TSE. **"Conheça a origem, a composição e as competências da Justiça Eleitoral"**. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2023/Janeiro/tse-explica-conheca-a-estrutura-da-justica-eleitoral-1>. Acesso em 13/10/2024.

³⁵ Unesco. **Padrões Internacionais sobre Liberdade de Expressão**. Disponível em: https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/20140806_%20PORT_Estandares_Internacionales_LE.pdf. Acesso em 13/10/2024.

à desinformação que atingisse a integridade do processo eleitoral nas eleições presidenciais de 2022.

Em sede de julgamento, o STF entendeu que o TSE não usurpou a competência normativa da União, porquanto a Justiça Especializada vem tratando da temática do combate à desinformação por meio de reiterados precedentes e atos normativos. Por outro lado, o Supremo menciona, no teor do acórdão, que não há aparente afronta à Lei nº. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), pois “não se cogita, na norma impugnada, de suspensão de provedores e serviços de mensageria, mas sim de controle de perfis, canais e contas, cujas publicações possam “atingir a integridade do processo eleitoral”, cláusula pétrea da CRFB.”

Além de verificar a inconstitucionalidade da Resolução no que se refere à competência normativa do TSE, o Supremo destacou que não houve divergência com a previsão do Marco Civil da Internet. Isto posto, não há como se presumir ou afirmar, com certeza, se a Resolução 23.732 de 27 de fevereiro de 2024 é constitucional ou não, visto que diferentemente da Resolução nº 23.714/2022, aquela demonstra suposto afronta ao Marco Civil da Internet. Ademais, tal questão não fora esclarecida pelo TSE, muito menos fora ajuizada alguma ação perante o Supremo Tribunal Federal acerca da suposta inconstitucionalidade, motivo pelo qual não se pode fazer qualquer tipo de declaração neste sentido, pelo menos não até o presente momento.

Mais adiante, superadas as instigações de ordem formal, cumpre destacar alguns desafios enfrentados na sua aplicação. Muito embora a sua inconstitucionalidade ainda esteja pendente de discussão, a Resolução, ao tentar trazer balizas para a aplicação de um regime de responsabilização diferenciado, acaba impondo desafios de ordem prática, considerando a vagueza da referida norma e potenciais conflitos com a lei federal³⁶. O termo “indisponibilização imediata” remete

³⁶ MENDONÇA, Yasmin Curzi de. MESQUITA, Hana. MARINS, Isabella. NUNES, José Luiz. ABBAS, Lorena. *TSE, plataformas digitais e competência normativa*. Disponível em: <https://portal.fgv.br/artigos/tse-plataformas-digitais-e-competencia-normativa>. Acesso em 10/10/2024.

à ideia de uma detecção automatizada (ou pelo menos escalável) de discursos antidemocráticos e que, necessariamente, devem se enquadrar nas hipóteses do artigo 9º-E. Logo, qualquer conteúdo que habite uma “zona de penumbra”³⁷ seria removido, mesmo que lícito, ensejando uma moderação de conteúdo massiva.

Além disso, o artigo prevê uma condicionante (“[...] quando não promoverem a indisponibilização imediata de conteúdos e contas”) que pode entrar em contradição com a condicionante do artigo 19 do Marco Civil da Internet (“[...] se, após ordem judicial específica, não tomar as providências”). Isto é, ao utilizar o termo “indisponibilização imediata” estaria a Resolução se referindo à ordem judicial específica do artigo 19 do Marco? O silêncio do ato normativo indica que a lacuna deve ser preenchida pela lei, necessariamente o Marco Civil da Internet.

Outro ponto problemático envolve a adoção de conceitos vagos sujeitos a interpretações ambíguas, como “fatos gravemente descontextualizados” no inciso II do artigo 9º - E, ou a ausência de delimitação do conceito “discurso de ódio”, disposto no inciso V. São hipóteses que ensejam uma atuação arbitrária das plataformas, as quais, necessariamente, precisariam aumentar o uso de ferramentas de rápida detecção deste tipo de conteúdo e também, viabilizar a contratação de mais colaboradores, para que, efetivamente, pudessem se adequar aos termos da Resolução, o que acabaria custando muito caro, tendo em vista o cenário de *layoffs* que as Big Techs vem enfrentando desde 2020³⁸.

³⁷ MENDONÇA, Yasmin Curzi de. MESQUITA, Hana. MARINS, Isabella. NUNES, José Luiz. ABBAS, Lorena. *TSE, plataformas digitais e competência normativa*. Disponível em: <https://portal.fgv.br/artigos/tse-plataformas-digitais-e-competencia-normativa>. Acesso em 10/10/2024.

³⁸ Desde 2022, as empresas de mídia e tecnologia, as chamadas Big Techs, têm promovido uma série de demissões em seus quadros profissionais. Estima-se que mais de 150 mil pessoas já tenham sido demitidas desde então. Se considerados os números desde 2020, quando as primeiras demissões ocorreram, o número de cortes pode ultrapassar o total de 280 mil profissionais. MIELKE, Ana. Big Techs: **O humano perde mais espaço**. Disponível em: <https://outraspalavras.net/tecnologiaemdisputa/big-techs-o-humano-perde-mais-espaco/>. Acesso em: 10/10/2024.

Nessa toada, os efeitos práticos repercutem diretamente sobre a liberdade de expressão dos usuários, dado o receio das plataformas provedoras de conteúdo em serem penalizadas, as quais acabariam indisponibilizando todo o tipo de conteúdo. A título exemplificativo, cumpre mencionar que a plataforma Google proibiu a publicidade política para as eleições municipais de 2024. A avaliação do Google é de que a definição do TSE sobre conteúdo político é muito ampla e que o cumprimento dessa determinação seria praticamente inviável, podendo resultar em multas para a empresa³⁹.

Em síntese, a Resolução do TSE percorre um caminho necessário para o combate à desinformação em campanhas eleitorais. Todavia, o caminho optado pode ser tortuoso, principalmente pelo fato de legitimar a adoção de uma postura mais arbitrária por parte das plataformas. É alarmante que elas, diante da falta de moderação adequada, se vejam obrigadas a intensificar sua supervisão por medo de punições. A regulação eficaz dessa questão é extremamente urgente e necessária para aprimorar a moderação de conteúdo online, ponto crucial para combater discursos antidemocráticos, ao mesmo tempo em que se preserva a liberdade de expressão.

CONCLUSÃO

O trabalho apresentado busca trazer uma reflexão, evidenciando os principais pontos de análise acerca da Resolução nº 23.732/2024 e a regulação das Big Techs no Brasil. No decurso do estudo, procurou-se entender como a resolução do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) se insere no contexto da responsabilização das Big Techs e

³⁹ “Google proíbe publicidade política para as eleições municipais deste ano” Disponível em: <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2024/04/24/google-proibe-publicidade-politica-para-as-eleicoes-municipais-deste-ano.ghtml>. Acesso em 10/10/2024.

como isso impacta o ambiente eleitoral, sem perder de vista as garantias constitucionais fundamentais, principalmente a liberdade de expressão.

A pesquisa destacou o papel cada vez mais central das grandes plataformas digitais no processo de comunicação e disseminação de informação, evidenciando os desafios que elas trazem para o ordenamento jurídico atual. Com a crescente ameaça da desinformação, especialmente em períodos eleitorais, o TSE optou por criar uma norma que impusesse maior responsabilidade às plataformas no monitoramento de conteúdos nocivos. A análise revelou que, embora bem-intencionada, a Resolução nº 23.732/2024 se distancia do modelo de responsabilização previsto no Marco Civil da Internet, levantando questionamentos sobre sua constitucionalidade e sobre os impactos práticos de uma aplicação mais rígida desse tipo de regulação.

Ao comparar a Resolução com o regime de responsabilização do Marco Civil da Internet, que exige ordem judicial prévia para remoção de conteúdo, percebeu-se que a nova norma eleitoral apresenta uma abordagem mais imediatista, com a imposição de remoção imediata de conteúdos sob pena de responsabilização, sem a intermediação do Judiciário. Esse aspecto gera preocupações quanto ao potencial de censura prévia, visto que as plataformas podem optar por remover conteúdos que não necessariamente violam as normas, mas que trazem algum risco de sanção, afetando diretamente a liberdade de expressão e o debate democrático. Ou, como demonstra o caso da Google, que proibiu a publicidade eleitoral no ano de 2024, pois acredita que o cumprimento da determinação do TSE seria inviável, visto que o conceito de conteúdo político é extremamente amplo.

Portanto, o trabalho não se propõe a oferecer uma resposta definitiva sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da Resolução nº 23.732/2024, até porque essa questão ainda não foi levada ao Supremo Tribunal Federal para julgamento. O que se pode afirmar, no entanto, é que essa medida representa um esforço significativo do TSE em tentar combater os males associados à desinformação e

garantir a integridade do processo eleitoral. Contudo, a forma como a norma foi redigida pode causar conflitos práticos e jurídicos, além de gerar insegurança jurídica tanto para as plataformas digitais quanto para os usuários e suscitar uma discussão sobre um eventual vício de competência.

Assim, a provocação que emerge deste estudo é clara: será que esse novo modelo de responsabilização das Big Techs, focado em uma atuação mais ativa e imediata, pode coexistir de forma harmoniosa com o regime de garantias constitucionais de liberdade de expressão? Esse é um debate que está apenas começando, e os desdobramentos futuros da regulação das plataformas digitais exigirão, cada vez mais, um equilíbrio cuidadoso entre a proteção da democracia e a preservação dos direitos individuais, especialmente no ambiente digital, onde as fronteiras entre moderação e censura são frequentemente confundidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARLOW, John Perry. A Declaration of the Independence of Cyberspace. Electronic Frontier Foundation, 8 de fevereiro de 1996. Disponível em <<https://www.eff.org/pt-br/cyberspace-independence>>.

BARROS, Thomás Zicman de. LAGO, Miguel. Do que falamos quando falamos de populismo? 1ª ed. São Paulo. Companhia das Letras, 2022. pp. 27, 151, 153, 154, 165, 167 e 169.

BERMEO, Nancy. On Democratic Backsliding. *Journal of Democracy*, n. 27, v. 1, 2016.

DAVID, Decio Franco; HAMMERSCHMIDT, Karina (2023, *apud* BARRETO JUNIOR, 2017). Responsabilidade Penal da Pessoa Coletiva e o Princípio da Culpabilidade nos Crimes Informáticos em Redes Sociais. Caderno Paic, 2023. Disponível em <https://cadernopaic.fae.emnuvens.com.br/cadernopaic/article/view/559>. Acesso em 18/10/2024. Trata-se de um dos primeiros julgados sobre difamação na internet, realizado pela Corte Distrital de Nova Iorque, decidindo pela inexistência de responsabilidade por parte da CompuServe, sob o fundamento de que a empresa enquanto provedora de conteúdo não teve viabilidade de visualização previamente

sobre o conteúdo da publicação, antes de ser postada na rede, não podendo desta forma ser responsabilizada pela mensagem exposta.

EMPOLI, Giuliano da. Os engenheiros do caos: como as fake news, as redes sociais e os dados viraram armas de guerra. São Paulo: Vestígio, 2019.p. 18.

Folha de São Paulo. Após quase três anos de embates, Câmara aprova a 'lei da internet'. (edição de 26 de março de 2014, p. 11)

GILLESPIE, Tarleton. Custodians of the Internet: platforms, content moderation, and the hidden decisions that shape social media. New Haven: Yale University Press, 2018.

GINSBURG, Tom. HUQ, Aziz Z. How to Save a Constitutional Democracy. Chicago: The University of Chicago Press, 2018, p. 43.

Google proíbe publicidade política para as eleições municipais deste ano. Disponível em: <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2024/04/24/google-proibe-publicidade-politica-para-as-eleicoes-municipais-deste-ano.ghtml>. Acesso em 10/10/2024.

HOWARD, Philip N. Lie Machines: How to save democracy from troll armies, deceitful robots, junk news operations, and political operatives. New Haven: Yale University Press, 2020.

Ibid. Em 1995, outro processo envolvendo Stratton Oakmont, Inc versus Prodigy Service Co. esclareceu responsabilidades dos provedores de internet. A Prodigy filtrava e ocasionalmente removia conteúdo ofensivo dos espaços que hospedava. Deste modo, o tribunal compreendeu que a empresa era editora, portanto, responsável pelo conteúdo divulgado.

KLONICK, Kate. The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech. Harvard Law Review, v. 131, pp. 1598-1670, 2018.

LEMO, Ronaldo; ARCEGAS, João Victor. A Constitucionalidade do Artigo 19 do Marco Civil da Internet. In: BRITTO, Carlos A. Ayres de Freitas (Coord.). Supremo 4.0: Constituição e Tecnologia em Pauta. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, pp. 109-125.

LEMO, Ronaldo. SOUZA, Carlos Affonso. *Marco Civil da Internet: construção e aplicação*. Juiz de Fora. Editora Associada LTDA, 2016. pp. 18 e 75.

MENDONÇA, Yasmin Curzi de. MESQUITA, Hana. MARINS, Isabella. NUNES, José Luiz. ABBAS, Lorena. *TSE, plataformas digitais e competência normativa*. Disponível em: <https://portal.fgv.br/artigos/tse-plataformas-digitais-e-competencia-normativa>. Acesso em 10/10/2024.

MIELKE, Ana. Big Techs: O humano perde mais espaço. Disponível em: <https://outraspalavras.net/tecnologiaemdisputa/big-techs-o-humano-perde-mais-espaco/>. Acesso em: 10/10/2024.

Nesse sentido, ver SCHEPPELE, Kim Lane. Worst Practices and the Transnational Legal Order (or How to build a Constitutional "Democratorship" in Plain Sight). University of Toronto Faculty of Law Working Paper, 2016.

Observações na moderação de conteúdo: iniciativas legais e sua prática na autorregulação regulada e autorregulação. In: CAMPOS, Ricardo (Org.). O futuro da regulação de plataformas digitais: Digital Services Act (DSA), Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil. Legal Grounds Institute, 2023, pág. 246/268

PRENDERGAST, David. The Judicial Role in Protecting Democracy from Populism. German Law Journal, v. 20, n. 2, 2019, pp. 245-69.

SCHEPPELE, Kim Lane. Worst Practices and the Transnational Legal Order (or How to build a Constitutional "Democratorship" in Plain Sight). University of Toronto Faculty of Law Working Paper, 2016.

Shoshana ZUBOFF, Shoshana. Age of Surveillance Capitalism. Edição publicada mediante acordo com Perseus Books, LLC, Nova York, Nova York, Estados Unidos. Copyright, 2019. A autora apresenta algumas definições do que seria o "Capitalismo de Vigilância", dentre elas, há o apontamento para uma nova ordem econômica que reivindica a experiência humana como matéria-prima gratuita para práticas comerciais dissimuladas de extração, previsão e vendas.

TSE. "Conheça a origem, a composição e as competências da Justiça Eleitoral". Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2023/Janeiro/tse-explica-conheca-a-estrutura-da-justica-eleitoral-1>. Acesso em 13/10/2024.

Unesco. Padrões Internacionais sobre Liberdade de Expressão. Disponível em: https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/20140806_%20PORT__EStandares_Internacionales_LE.pdf. Acesso em 13/10/2024.



REVISTA DIREITO --- FAE

VENTURINI, Jamila. Termos de Uso e Direitos Humanos: *Uma análise dos contratos das plataformas online*. 1ª ed. Rio de Janeiro. Revan, 2019. p. 18

**REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DAS CRIPTOMOEDAS PARA
A TRIBUTAÇÃO**
*LEGAL REGULATION OF CRYPTOCURRENCIES FOR
TAXATION*

Ana Claudia Sandoin¹
Gabriel Placha²
Murilo Bellese Durante Carneiro Leão³

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo estabelecer o entendimento atual da natureza jurídica das criptomoedas, analisando a legislação e normas infralegais brasileiras. Bem como, realizar uma síntese das normas que abordam o tema, averiguando como a tributação das criptomoedas está sendo conduzida e quais serão as mudanças trazidas pela reforma tributária. Nos últimos anos a popularidade e a utilização de criptomoedas têm crescido pelo mundo todo, sendo objeto de debate por juristas de todos os países. No Brasil ainda não existe uma legislação específica que abarque todos os pontos relevantes sobre o tema, sendo atualmente regulado em certos pontos por normas infralegais, o que evidencia a necessidade de adaptação do ordenamento jurídico Brasileiro. O estudo analisou como a legislação brasileira disciplina a tributação dos criptoativos, buscando em leis e em orientações de órgãos governamentais, a fim de determinar o tratamento tributário e natureza jurídica conferida aos criptoativos no Brasil. A metodologia empregada é qualitativa, envolvendo revisão bibliográfica e legislativa. Com o estudo, concluiu-se que a natureza jurídica conferida aos criptoativos é a de ativos financeiros e que embora existam leis, orientações de órgãos governamentais e diversos projetos de lei que versam sobre o tema criptomoedas, ainda existem lacunas legislativas que geram inseguranças

¹ Graduanda em Direito pela FAE Centro Universitário. E-mail: sandoin.ana@mail.fae.edu

² Professor da FAE Centro Universitário (Curitiba-PR, Brasil). E-mail: gabriel.placha@fae.edu

³ Graduando em Direito pela FAE Centro Universitário. E-mail: murilo.leao@mail.fae.edu

jurídicas para os investidores. Bem como, é necessária a elaboração de normas que possam acompanhar a evolução tecnológica, sem se tornarem obsoletas rapidamente, ao passo que é necessário que o legislador tenha um posicionamento equilibrado para garantir a arrecadação tributária, sem prejudicar o mercado de criptoativos no Brasil.

Palavras-chave: Criptomoedas. Tributação. Natureza jurídica. Regulamentação.

ABSTRACT

The present study aims to establish the current understanding of the legal nature of cryptocurrencies, analyzing Brazilian legislation and infralegal norms. It also seeks to provide a synthesis of the regulations that address the topic, examining how cryptocurrency taxation is being conducted and what changes will be brought by tax reform. In recent years, the popularity and use of cryptocurrencies have grown worldwide, becoming a subject of debate among legal scholars in all countries. In Brazil, there is still no specific legislation that covers all relevant points on the subject, with certain aspects currently regulated by infralegal norms, highlighting the need for adaptation in the Brazilian legal system. The study examined how Brazilian legislation regulates the taxation of crypto-assets, seeking information from laws and guidelines from government agencies in order to determine the tax treatment and legal nature attributed to crypto-assets in Brazil. The methodology used is qualitative, involving bibliographical and legislative review. The study concluded that the legal nature attributed to crypto-assets is that of financial assets, and that although there are laws, government guidelines, and various bills addressing the subject of cryptocurrencies, there are still legislative gaps that create legal uncertainties for investors. Additionally, it is necessary to develop regulations that can keep up with technological evolution without becoming obsolete too quickly, while ensuring that the legislator adopts a balanced approach to guarantee tax collection without harming the cryptocurrency market in Brazil.

Keywords: Cryptocurrencies. Taxation. Legal nature. Regulation.

INTRODUÇÃO

Com a recente popularização dos criptoativos no cenário econômico mundial, surge a necessidade de adaptação do sistema tributário brasileiro para se adequar às novas tecnologias. Atualmente não existe legislação brasileira específica que verse sobre os criptoativos, o que evidencia a necessidade e relevância do estudo do tema.

A regulamentação jurídica das criptomoedas para fins tributários também é necessária devido à crescente utilização de criptoativos no país.

No entanto, em razão da constante mudança na tecnologia, se a norma tributária for realizada de forma incorreta, poderá rapidamente ficar ultrapassada, não conseguindo ser efetiva a longo prazo, o que gera um grande desafio para o legislador. Essa situação pode acabar propiciando a evasão fiscal e o uso indevido dessas criptomoedas para fins ilícitos, causando insegurança jurídica na utilização de criptomoedas no país.

As criptomoedas são uma forma de dinheiro universal que oferecem muitas facilidades, além de custos mais baixos em suas transações em comparação com as moedas tradicionais, o que pode ampliar significativamente o poder de inclusão, alcançando até mesmo a população que possui menos recursos financeiros.

Nesse sentido, é importante reforçar a relevância de implementar as regulamentações jurídicas precisas no âmbito tributário. Essas medidas têm como objetivo garantir o cumprimento das obrigações tributárias, com consequente arrecadação de receita e maior segurança jurídica para os usuários que negociam e investem nesse mercado em constante crescimento, assim, podendo trazer benefícios expressivos para a sociedade como um todo.

O objetivo desta pesquisa consiste, primeiramente, em estabelecer o entendimento da natureza jurídica das criptomoedas, ou seja, como elas são classificadas e tratadas dentro do contexto legal brasileiro. Em seguida, busca-se fazer uma síntese das normas que abordam as criptomoedas, propiciando um panorama das normas do ordenamento jurídico do Brasil. Posteriormente, pretende-se averiguar como a tributação das criptomoedas está sendo conduzida, conforme a legislação brasileira vigente e quais serão as mudanças trazidas pela reforma tributária.

Dessa forma, o presente trabalho foi dividido em três capítulos, para melhor compreensão e divisão dos temas. O primeiro capítulo do trabalho versa sobre a origem e funcionamento das criptomoedas, desenvolvendo o tema e abordando as principais ferramentas e tecnologias que englobam as transações com criptomoedas.

Para adentrar no tema tributação de criptomoedas é necessário antes estudar os entendimentos da legislação brasileira acerca da natureza jurídica dos criptoativos. Assim, no segundo capítulo se estabelece o entendimento majoritário acerca da natureza jurídica dos criptoativos e elenca as principais leis e orientações de órgãos governamentais que conduzem o tema atualmente.

Por fim, no terceiro capítulo se verifica como está ocorrendo a tributação das criptomoedas com base na legislação brasileira atual e quais serão as mudanças trazidas pela reforma tributária.

1 ORIGEM E FUNCIONAMENTO DAS CRIPTOMOEDAS

Entre 2002 e 2007, a economia dos Estados Unidos foi impulsionada por um aumento nos preços das habitações, as instituições financeiras expandiram os empréstimos hipotecários, fornecendo empréstimos até mesmo para as famílias que não podiam arcar com as parcelas. Como resultado da desregulamentação financeira, as condições eram mais acessíveis, mas as taxas de juros eram significativamente altas. Como houve uma valorização repentina dos imóveis, muitas famílias tomaram empréstimos pelo aumento no valor de suas residências e estes empréstimos foram usados para fomentar o consumo. O aumento do consumo impulsionou o crescimento econômico dos Estados Unidos, mas quando a bolha de preços dos imóveis estourou em 2007, ocorreu a maior crise financeira desde a década de 1930. Como consequência, quando o crédito bancário se esgotou, em setembro de 2008, ocorreu a falência do banco Lehman Brothers, que gerou uma cadeia de falências de outras

grandes instituições financeiras, incluindo a maior seguradora do mundo, a American International Group⁴.

Nesse contexto de desconfiança e descredibilidade com o sistema financeiro tradicional, em 31 de outubro de 2008 um indivíduo ou um grupo utilizando o pseudônimo Satoshi Nakamoto, publicou em um portal de discussão sobre criptografia o artigo “*Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system*”. Assim a primeira criptomoeda foi criada, com objetivo de ser uma modalidade direta de pagamento, que não dependesse de uma autoridade central para emitir e controlar as transações, portanto descentralizada e que seria vinculado a um sistema denominado blockchain, que garantiria a autenticidade e evitaria o gasto duplicado da moeda⁵.

Nos sistemas financeiros tradicionais a confiança é depositada em um terceiro, por exemplo, o Banco Central contrata uma instituição terceirizada para armazenar e fazer a logística do dinheiro. Diferente do sistema das criptomoedas, em que não existe uma autoridade central para emitir e fiscalizar as transações e a confiança é depositada no próprio sistema, ou seja, no blockchain. Dessa forma, enquadrar as criptomoedas em um conceito geral de moeda não é a melhor solução, nem para o direito civil e muito menos para o direito tributário⁶.

O blockchain é um modelo de certificação digital descentralizada, que garante a transparência nas transações processadas desde a criação da moeda, pois as informações são armazenadas e divulgadas em uma contabilidade pública. Assim,

⁴ EVANS, Trevor. Cinco explicações para a crise financeira internacional. **Revista Tempo do Mundo**, Brasília, DF, v. 3, n. 1, p. 10-29, abr. 2011. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6248/1/RTM_v3_n1_Cinco.pdf. Acesso em: 14 ago. 2024, p. 14-17.

⁵ ZILVETI, Fernando Aurelio; NOCETTI, Daniel Azevedo. Criptomoedas e o Sistema Tributário do Século XXI. **Revista Direito Tributário Atual – IBDT**, São Paulo, n. 44, ano 38, p. 473-492, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://www.revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1450/549>. Acesso em: 14 ago. 2024, p.467.

⁶ ZILVETI, Fernando Aurelio; NOCETTI, Daniel Azevedo. Criptomoedas e o Sistema Tributário do Século XXI. **Revista Direito Tributário Atual – IBDT**, São Paulo, n. 44, ano 38, p. 473-492, jan./abr. 2020, p. 476-477.

permite que todos os usuários tenham acesso e possam verificar a validade de cada transação. A infraestrutura necessária para realizar o processamento das transações é fornecida por todos os usuários que fazem parte do sistema blockchain, não sendo mais necessário uma concentração de dados em um único servidor. Os usuários da blockchain são responsáveis por verificar e legitimar as transações, este serviço é chamado de mineração. Conforme as transações vão sendo verificadas, os usuários que contribuem para a manutenção do sistema realizam a verificação das transações e recebem uma recompensa em bitcoins a cada bloco resolvido⁷.

No caso do bitcoin, a moeda disponível para o pagamento dos mineradores é originada do aumento da base-monetária, ou seja, criando mais bitcoins de forma constante e estável, pois o sistema do bitcoin tem uma limitação em seu algoritmo, impondo um limite de 21 milhões de bitcoins a serem criados em decorrência da mineração. O bitcoin é considerado uma moeda não inflacionária, pois tem uma quantidade limitada de unidades, ao contrário das moedas comuns, que não possuem mais lastro em ouro, podendo ser emitidas mais unidades ao bel prazer do Estado para financiar os gastos e dívidas do governo, assim sendo consideradas moedas inflacionárias e sendo lastreadas na confiança no governo⁸.

Como novas unidades de bitcoins são criadas conforme a mineração ocorre, foi desenvolvido um meio de controlar a emissão de novas unidades. Aproximadamente a cada 4 anos ocorre o halving, que reduz pela metade o valor em bitcoins que é dado como recompensa pela mineração. Em 2009, o sistema recompensava os mineradores com 50 BTC a cada 10 minutos, após ocorrer 4 halvings, a recompensa foi reduzida para 3,125 BTC, desta forma impede que a

⁷ BOFF, Salete Oro; FERREIRA, Natasha Alves. Análise dos benefícios sociais da bitcoin como moeda. **Revista Jurídica Unam**, México, v. 16 p. 499-523, jan. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v16/1870-4654-amdi-16-00499.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2024, p. 506.

⁸ *Ibid.*, p. 506.

moeda inflacione⁹. Este é o evento mais importante do protocolo bitcoin, pois impacta diretamente no preço e na oferta de bitcoins no mercado. Historicamente, logo após o halving, ocorre uma valorização expressiva da moeda, aumentando a expectativa dos investidores, porém por ser uma moeda volátil, não tem como afirmar que o bitcoin vai se valorizar de forma explosiva após o halving¹⁰.

A tecnologia blockchain tem movimentado o mundo da tecnologia, despertando interesse de empresas e governos do mundo todo. incluindo o Brasil, pois esta tecnologia pode revolucionar a forma como transacionamos dinheiro. Uma vez que a informação é colocada em um bloco da rede do blockchain, ela se torna imutável e praticamente imune a fraudes, pois quanto mais usuários o sistema possuir, mais difícil será fraudar informações ou transações. Pois cada bloco oferece uma criptografia própria para proteger as informações em uma rede, sendo necessário possuir a senha de todos os usuários para fazer uma alteração fraudulenta no blockchain ou possuir um poder computacional maior que 50% da rede, que possui usuários no mundo todo, por este motivo quanto mais usuários, mais seguro o blockchain será¹¹.

O método criptográfico utilizado no blockchain é a criptografia assimétrica, que faz o uso de duas chaves diferentes, uma chave pública para criptografar e uma chave privada para descriptografar. Este método se difere do modelo de chave simétrica, em que a mesma chave é utilizada para criptografar e descriptografar. No sistema de criptografia assimétrica a chave pública está disponível para todos que queiram enviar

⁹ INFOMONEY. O que é o halving do bitcoin? **Infomoney**. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/guias/halving-do-bitcoin/>. Acesso em: 16 ago. 2024.

¹⁰ BITYBANK. Halving do Bitcoin: O que é e como impacta o preço do BTC. **Bitybank**. Disponível em: <https://www.bity.com.br/blog/halving-do-bitcoin/>. Acesso em: 16 ago. 2024.

¹¹ BIANCOLINI, Adriano; SILVA, Fernando César Domingues da; OSTI, Joelson Ribas. Como a tecnologia blockchain vem impactando ou pode impactar nas estruturas administrativas estatais. **Revista Jurídica da escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, Curitiba, ano 3, n. 3, dez. 2018. Disponível em: https://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/12/revista_esa_8_09.pdf. Acesso em: 16 ago. 2024, p. 3.

uma mensagem ao dono da chave ou verificar a autenticidade de uma mensagem enviada pelo mesmo, enquanto a chave privada é mantida em segredo pelo dono. A segurança deste modelo vem da diferença entre o caminho de ida da mensagem e o de volta da operação matemática em que a criptografia se fundamenta¹².

Ainda existe muita discussão sobre a confidencialidade e o anonimato das criptomoedas, entretanto, é evidente que não existe confidencialidade no blockchain, pois todos os registros são públicos e todas as transações estão disponíveis para todos. Esta discussão acontece pelo fato de que o blockchain não trabalha com os nomes dos usuários, mas sim com hashes de endereços públicos, ou seja, faz o registro das chaves públicas que foram utilizadas para assinar a transferência, pois o blockchain não exige identificação, mas não é correto dizer que existe confidencialidade das transações ocorridas no blockchain¹³.

Dessa maneira, apesar das criptomoedas serem bastante semelhantes ao dinheiro em espécie, em que é possível realizar transações sem revelar as identidades entre si ou a terceiros, é também distinto do dinheiro vivo, pois todas as transações são registradas e podem ser rastreadas, no caso do bitcoin, é possível rastrear as transações até um endereço bitcoin, que é a forma que as chaves públicas são conhecidas¹⁴.

A identificação do usuário que acessa a blockchain é realizada por terceiros que fazem a intermediação das transferências, como os sites de câmbio e leilão de moedas digitais, mas essas regras não fazem parte do protocolo do blockchain.

¹² PIRES, Timoteo Pimenta. **Tecnologia blockchain e suas aplicações para provimento de transparência em transações eletrônicas**. 2016. 57 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Engenharia de Redes de Comunicação) – Departamento de Engenharia Elétrica, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2016. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/16252/1/2016_TimoteoPimentaPires_tcc.pdf. Acesso em: 20 ago. 2024, p. 17-18.

¹³ *Ibid.*, p. 34-35.

¹⁴ ULRICH, Fernando. **Bitcoin: a moeda na era digital**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014, p. 21.

Portanto, o blockchain oferece um alto nível de transparência e rastreabilidade das transações, sendo possível rastrear todas as transações que já ocorreram desde a origem da moeda¹⁵.

Apesar do blockchain só registrar as chaves públicas e estas chaves não serem vinculadas a uma pessoa, vincular a identidade do usuário a uma chave pública não é tão difícil. A identidade do usuário é registrada na transação, não com o nome ou CPF do usuário, mas sim o seu IP, que é um rótulo numérico atribuído a cada dispositivo conectado à internet. Para haver a possibilidade de manter o anonimato do usuário, seria necessário a utilização de softwares de anonimato como o Tor, que oculta o IP do usuário. Entretanto, apesar das criptomoedas serem frequentemente referidas como moedas anônimas, existem outras formas de identificar os usuários sem a utilização do IP. Portanto, não é fácil permanecer anônimo ao transacionar no blockchain e uma vez que uma chave pública for ligada a identidade do usuário, todas as transações já feitas utilizando esta chave pública podem ser rastreadas¹⁶.

Apesar do aumento da popularidade, as criptomoedas ainda não são aceitas por muitos comerciantes, além de serem uma moeda nova e flutuante, se distinguindo das moedas tradicionais e sendo melhor definido como um novo sistema de pagamentos¹⁷. Mesmo com as incertezas causadas pela flutuação do valor e de possíveis utilidades para fins criminosos, as criptomoedas apresentam inovações com um potencial latente de causar melhorias na vida da população¹⁸. Inicialmente, a criptografia que protege as criptomoedas oferece uma série de vantagens notáveis,

¹⁵ PIRES, *op. Cit.*, p. 35.

¹⁶ ULRICH, Fernando. **Bitcoin**: a moeda na era digital. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014, p. 21.

¹⁷ *Ibid.*, p. 23.

¹⁸ BOFF, Salete Oro; FERREIRA, Natasha Alves. Análise dos benefícios sociais da bitcoin como moeda. **Revista Jurídica Unam**, México, v. 16 p. 499-523, jan. 2016, p. 514.

problemas como falsificação e gasto duplo são praticamente impossíveis de ocorrerem, garantindo a segurança e integridade das transações¹⁹.

Uma das vantagens é o menor custo de transação, as transações em criptomoedas são mais baratas e rápidas do que as realizadas por redes tradicionais de pagamento. Dessa forma, por serem mais baratas, as criptomoedas podem fazer com que micropagamentos e suas inovações sejam possíveis, fazendo a promessa de reduzir os custos das transações para os pequenos comerciantes. Isso se deve ao fato de que todas as transações são realizadas em uma rede de pagamentos diretos, através dos mineradores que processam e validam as transações, eliminando a necessidade de um terceiro para legitimar as transações entre usuários²⁰.

As criptomoedas também possuem o potencial de serem uma arma contra a pobreza e opressão, podendo melhorar a qualidade de vida dos mais pobres, aumentando o acesso a serviços financeiros. Nos países em desenvolvimento existem muitas pessoas com pouco acesso aos serviços financeiros básicos, talvez por ser muito custoso para as instituições financeiras tradicionais fornecer esses serviços em áreas pobres ou rurais. Por esse motivo, pessoas em países em desenvolvimento são forçadas a recorrer aos serviços bancários via rede de telefonia móvel para suprir as necessidades financeiras. Esse sistema pode ser ampliado pela adoção de criptomoedas, por ser um sistema aberto de pagamentos, as criptomoedas podem fornecer um acesso mais barato aos serviços financeiros em escala global²¹.

¹⁹ VECCHIOTTI, Victor. **Criptomoedas**: a moeda da era digital. 2023. 39 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Econômicas) – Faculdade de Economia, Administração, Contábeis e Atuariais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2023. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/bitstream/handle/40334/1/VICTOR%20VECCHIOTTI.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2024, p. 19.

²⁰ ULRICH, *op. Cit.*, p. 19-23.

²¹ ULRICH, Fernando. **Bitcoin**: a moeda na era digital. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014, p. 25-26.

Outra vantagem notável é a facilidade de transacionar internacionalmente, com o uso das criptomoedas, as transações internacionais tornam-se mais eficientes e mais baratas, uma vez que não há necessidade de conversão de moedas estrangeiras. Resultando em economia de tempo e dinheiro, à medida que os custos e taxas de câmbio são drasticamente reduzidas. Essa capacidade de transacionar sem fronteiras permite que as criptomoedas sejam essenciais nas operações globais de comércio e finanças, garantindo maior agilidade e eficácia nas transações, assim, reduzindo a burocracia e verificações rigorosas que são exigidas pelos sistemas tradicionais²².

Na história econômica brasileira ocorreram períodos de inflação elevada e várias tentativas de estabilização, mas que não obtiveram sucesso. As principais tentativas de controlar a inflação foram os planos Cruzado em 1986, Collor em 1990 e Real em 1994. Esses planos até conseguiram reduzir ou estabilizar a inflação, mas por pouco tempo, pois meses depois a inflação aumentou²³. Além da inflação, o confisco é um grande problema que a população brasileira já enfrentou com a implementação do plano Collor. Em março de 1990, foi implementado um grupo de políticas de estabilização, incluindo a limitação ou cancelamento da liquidez de haveres monetários, que apesar de firmarem o compromisso de devolução ou liberação dos valores, de certa forma essas medidas caracterizam de fato um confisco de valores da população pelo Estado²⁴.

²² VECCHIOTTI, Victor. **Criptomoedas**: a moeda da era digital. 2023. 39 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Econômicas) – Faculdade de Economia, Administração, Contábeis e Atuariais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2023, p. 20.

²³ CRIBARI NETO, Francisco; CASSIANO, Keila M. Uma análise da dinâmica inflacionária brasileira. **Revista Brasileira de Economia**, Rio de Janeiro, v. 59, n. 4, p. 536-566, out. 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/rbe/a/YMmp5QtHWQFFwztFZWkKkNZC/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 25 ago. 2024, p. 536.

²⁴ CARVALHO, Carlos Eduardo. As origens e a gênese do Plano Collor. **Nova Economia**, Belo Horizonte, v. 16, n. 1, p. 101-134, jan./abr. 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/neco/a/ssvBSZh5JWNWtxbNFPwHKHR/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 25 ago. 2024, p. 101-105.

Em países com controles de capital rígidos, as criptomoedas podem propiciar uma alternativa contra a tirania monetária, impedindo que ocorra o confisco de poupanças, pois as criptomoedas possuem os dados criptografados e descentralizados, portanto as transações não podem ser manipuladas, não podem ser revertidas por uma autoridade central e não é possível impedir transações entre países. A proteção oferecida pelas criptomoedas aos indivíduos em situação de opressão ou emergência também se estende aos indivíduos que necessitam de privacidade em suas movimentações financeiras, que podem ser desde mulheres fugindo de homens abusivos, até indivíduos que desejam fazer procedimentos médicos controversos, sem que familiares ou empregadores possam julgar suas decisões²⁵.

A proteção contra a inflação é uma das principais vantagens que as criptomoedas podem oferecer, pois a inflação causa o aumento dos preços de bens e serviços, reduzindo o poder de compra da população e consequentemente reduzindo o valor da moeda nacional. Os Governos controlam a quantidade de dinheiro circulante no país, através dos bancos centrais os governantes podem controlar a criação de novas cédulas, utilizando-as para financiar gastos públicos, desvalorizando a moeda e consequentemente empobrecendo a população. As criptomoedas não sofrem deste problema, pelo fato de não serem emitidas e controladas por uma autoridade central e por terem um aumento constante da quantidade de moedas disponíveis. Portanto, não existe um governo que possa emitir novas unidades para financiar os gastos públicos. No caso do bitcoin, nem mesmo o criador pode emitir

²⁵ ULRICH, Fernando. **Bitcoin**: a moeda na era digital. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014, p. 26-27.

novas unidades, assim, as criptomoedas podem fornecer um benefício valioso à população, principalmente as que vivem em países com altos índices de inflação²⁶.

A crise econômica da Venezuela em 2014 é um exemplo claro dos benefícios das criptomoedas na proteção contra a inflação, pois em 2014 teve início a crise provocada pela queda de preços do petróleo, na mesma época houve um crescimento exponencial de transações com criptomoedas. Com o aumento da inflação da moeda local, muitos venezuelanos começaram a comprar e minerar criptomoedas, recebendo e transacionando em dólar, para se protegerem da inflação do bolívar que aumentava cada vez mais e empobrecia a população²⁷.

Apesar de existirem inúmeras vantagens que as criptomoedas podem oferecer, é necessário ressaltar que elas também possuem desafios relevantes a serem enfrentados. Esses desafios ou desvantagens, afetam diretamente o uso e aceitação das criptomoedas, levantando dúvidas relativas à segurança, regulamentação e outros aspectos relevantes²⁸.

Um dos desafios é a volatilidade, no caso do Bitcoin, já ocorreram alguns ajustes de preço significativos na história da moeda, tanto de valorização, quanto de desvalorização. Esses ajustes de preço são cíclicos, quando ocorre uma alta dos preços, muitos ficam otimistas e começam a comprar, elevando o preço até que atinge o ponto de inflexão e o preço despenca. Quando o preço está baixo, começa novamente o movimento de compra e o valor sobe novamente, no entanto, historicamente apesar da volatilidade, o bitcoin tende a valorizar com o tempo. Dessa

²⁶ BOFF, Salete Oro; FERREIRA, Natasha Alves. Análise dos benefícios sociais da bitcoin como moeda. **Revista Jurídica Unam**, México, v. 16 p. 499-523, jan. 2016, p. 517-518.

²⁷ UOL. Economia: 'Minerar' bitcoins: venezuelanos tentam fugir da inflação. **UOL Economia**, 19 out. 2017. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/afp/2017/10/19/minerar-bitcoins-venezuela-nos-tentam-fugir-da-inflacao.htm>. Acesso em: 30 ago. 2024.

²⁸ VECCHIOTTI, Victor. **Criptomoedas: a moeda da era digital**. 2023. 39 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Econômicas) – Faculdade de Economia, Administração, Contábeis e Atuariais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2023, p. 21.

forma, considerando a volatilidade da moeda, o uso do bitcoin para reserva de valor pode não ser uma boa ideia, mas para a utilização como moeda, a volatilidade pode não ser um problema²⁹.

Apesar de existirem algumas leis e projetos de Lei que tratam de assuntos que envolvem criptomoedas, ainda não existe uma regulamentação específica que verse sobre todos os pontos relevantes, sendo atualmente reguladas por orientações de órgãos governamentais. As moedas tradicionais são regulamentadas no ordenamento jurídico brasileiro, no entanto as criptomoedas operam de forma desregulamentada e desprovida de supervisão. Essa ausência de regulamentação pode ser vantajosa em relação à garantia de liberdade, independência e privacidade. No entanto, podem tornar as criptomoedas suscetíveis a fraudes e manipulações de preços, fato que pode prejudicar a confiança, segurança e proteção dos direitos do consumidor dos usuários e investidores, pois não há garantia de responsabilização das partes envolvidas³⁰.

Como as criptomoedas são moedas digitais, existem alguns riscos de segurança específicos, tendo características próprias de armazenamento. Pelo fato das criptomoedas serem exclusivamente digitais, são armazenadas em endereços públicos dentro da blockchain, esses endereços são acessados através de chaves privadas, que assinam as transações e estas chaves privadas podem ser armazenadas em Wallets. As principais são as paper wallets, hardwallets e coldwallets, que são dispositivos, aplicativos ou até mesmo um papel impresso que guardam o endereço público e a chave privada que dá acesso às criptomoedas.

²⁹ ULRICH, Fernando. **Bitcoin**: a moeda na era digital. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014, p. 28-29.

³⁰ VECCHIOTTI, Victor. **Criptomoedas**: a moeda da era digital. 2023. 39 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Econômicas) – Faculdade de Economia, Administração, Contábeis e Atuariais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2023, p. 21-22.

Entretanto, todos os modelos possuem vulnerabilidades, desde perder o dispositivo, até sofrerem ataques de hackers³¹.

Nem mesmo as casas de câmbio estão imunes a ataques, mas os riscos de segurança enfrentados pelas criptomoedas são de certa forma similares ao enfrentados pelas moedas tradicionais, pois cédulas podem ser perdidas, informações financeiras podem ser roubadas e utilizadas por criminosos, bancos podem ser assaltados e também podem sofrer ataques de hackers³².

O sigilo das transações garantido pelo blockchain, a lucratividade e o livre acesso despertaram o interesse de criminosos, que utilizam as criptomoedas para fins ilícitos. Com o crescimento da utilização e valorização das criptomoedas, em que a criptografia é usada para proteger as informações das transações, garantindo de certa forma o anonimato e o sigilo quanto a origem da renda, as criptomoedas tem sido muito utilizadas por criminosos, o que obstaculiza o combate a lavagem de dinheiro, ao tráfico e ao terrorismo³³.

Assim como o dinheiro em espécie, as criptomoedas podem ser utilizadas para fins ilícitos, como no caso de compras realizadas no site de mercado negro conhecido como deep web, em que criminosos utilizavam a rede de anonimato Tor e de pseudônimos, para encomendar drogas pelos correios e outros produtos ilícitos, como cartões clonados e identidades falsas. Outras utilizações ilícitas das criptomoedas são a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo, pois com a

³¹ KAUR, Guneet. **Wallets de Bitcoin para principiantes**: tudo o que você precisa saber sobre sua carteira de BTC. Curado por Kristina Lucrezia Cornèr Cointelegraph, 27 fev. 2024. Disponível em: <https://br.cointelegraph.com/learn/bitcoin-wallets-a-beginners-guide-to-storing-btc>. Acesso em: 30 ago. 2024.

³² ULRICH, Fernando. **Bitcoin**: a moeda na era digital. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014, p. 30.

³³ ANDRADE, Mariana Dionísio de. Tratamento jurídico das criptomoedas: a dinâmica dos bitcoins e o crime de lavagem de dinheiro. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 7, n. 3, p. 43-59, dez. 2017. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4897>. Acesso em: 3 set. 2024.

utilização das criptomoedas é muito fácil transacionar utilizando dinheiro sujo, de uma forma discreta e sigilosa. Entretanto, vale ressaltar que muitas das possíveis desvantagens enfrentadas pelas criptomoedas, são muito similares às enfrentadas pelo dinheiro em espécie, sendo amplamente utilizado por traficantes, corruptos e criminosos em geral, mas é claro que nunca foi cogitado proibir a utilização de dinheiro vivo, portanto, o fato das criptomoedas serem utilizadas para fins ilícitos, não justifica a sua proibição, pelo contrário, traz a necessidade de haver uma regulamentação específica sobre o assunto³⁴.

A forma mais simples de se adquirir criptomoedas é através de corretoras especializadas em criptomoedas, conhecidas como exchanges, em que a execução dos negócios, a custódia, administração e acesso às criptomoedas são concentradas em uma plataforma. Os usuários que optam por utilizar exchanges para negociar criptomoedas enviam as criptomoedas para uma carteira virtual de titularidade da exchange. A Plataforma fica encarregada de controlar o saldo dos clientes e enviar as ordens de transferência para execução na blockchain. Apesar de parecer o melhor método para negociar criptomoedas, as exchanges centralizadas podem oferecer riscos aos clientes, como o fato das criptomoedas estarem em uma conta de titularidade da exchange, dessa forma as criptomoedas ficam sob a custódia da exchange e os recursos não são segregados, ou seja, o saldo dos investidores estão todos juntos em uma conta. Bem como, no Brasil as exchanges de criptoativos não são equiparadas às instituições financeiras ou entidades do sistema de distribuição de valores mobiliários, portanto a regulamentação comum ao setor não se aplica às exchanges de criptomoedas³⁵.

³⁴ULRICH, Fernando. **Bitcoin: a moeda na era digital**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014, p. 30-33.

³⁵RODARTE. É preciso regular os criptoativos? **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 26, n. 101, p. 49-77, jul./set. 2023.

Outra forma de aquisição é via ETF de criptomoedas, que são fundos de investimento negociados na bolsa de valores como se fossem ações. Esses fundos podem ser compostos de mais de uma criptomoeda, como por exemplo o HASH11, que foi o primeiro a ser listado na B3³⁶, que é composto por oito criptoativos, sendo em sua maior parte bitcoins e a cada três meses passa por um rebalanceamento conforme a variação do mercado. Para negociar através de ETFs é necessário abrir uma conta em uma corretora que atua na bolsa de valores, o que acarreta taxas de corretagem³⁷.

A única forma de estar livre de taxas para negociar com criptomoedas é pela troca direta entre duas pessoas, conhecido como peer-to-peer. Dessa forma o comprador transfere o dinheiro para o possuidor do bitcoin e o vendedor envia ao comprador uma chave da criptomoeda dentro da wallet do comprador. Este método exige confiança para as partes e cuidados com a custódia das criptomoedas, sendo as únicas desvantagens desse método. As vantagens desse método são a segurança de estar na custódia direta das criptomoedas, assim não havendo um terceiro que possa sumir com elas, como no caso das corretoras e não existem taxas de processamento das transações. Essa ausência de taxas se deve ao fato das transações serem verificadas pelos mineradores e pelo fato de não haver um terceiro intermediando a transação. O que leva a última forma de aquisição de criptomoedas, que é através da mineração, processo em que novas moedas são criadas para recompensar os mineradores³⁸.

³⁶ B3: Principal bolsa de valores do Brasil.

³⁷ INFOMONEY. ETF de criptomoeda: guia para entender o que é e como investir. **Infomoney**, nov. 2022. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/guias/o-que-e-etf-de-criptomoeda/>. Acesso em: 3 set. 2024.

³⁸ BOMFIM, Ricardo. Bitcoin: como comprar e transferir a moeda digital? **Valor Econômico**, São Paulo, 20 jul. 2023. Disponível em: <https://valor.globo.com/financas/criptomoedas/noticia/2023/07/20/bitcoin-como-comprar-e-transferir-a-moeda-digital.ghml>. Acesso em: 3 set. 2024.

Quando as criptomoedas são adquiridas por troca direta, surge a necessidade da utilização de wallets, que são o local em que as criptomoedas são armazenadas, as wallets são divididas entre cold wallets que não são conectadas à internet e as hot wallets que são conectadas a internet³⁹. As soft wallets são wallets online, em que o acesso é realizado através de um aplicativo de celular ou computador, portanto é um software. Esse tipo de wallet garante uma maior agilidade nas transações, mas não é recomendado pois oferece uma fragilidade de segurança por estar conectado à internet, podendo ser hackeada ou o dispositivo móvel ser roubado. As Hard Wallets são carteiras físicas, que podem ser semelhantes a um pen drive com uma tela que fornece a lista de 12 ou 24 palavras da SEED⁴⁰ e das chaves privadas da criptomoeda. Esse tipo de carteira é mais seguro pois não está conectado à internet, mas as hard wallets podem ser danificadas, roubadas ou perdidas, devendo haver um cuidado maior ao armazenar e transportá-las. Há também as paper wallets, que é simplesmente um papel com as chaves impressas, que são mais baratas e como todas as cold wallets oferecem maior segurança. Entretanto, as paper wallets requerem muito cuidado no armazenamento e a impressora utilizada para a impressão deve estar livre de vírus que possam comprometer a segurança dos dados⁴¹.

2 NATUREZA JURÍDICA DOS CRIPTOATIVOS

Para estudar o tema tributação das criptomoedas é necessário estudar antes a definição da natureza jurídica dos cryptoativos, isso porque a natureza jurídica está

³⁹ BORGES, Ana Beatriz dos Santos. Bitcoin: internet do dinheiro e o direito. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 21, n. 81, p. 119-139, jul./set. 2018.

⁴⁰ Seed: Sequência de palavras gerada aleatoriamente que serve como chave para acessar e recuperar uma wallet.

⁴¹ HOSTMÍDIA. Carteira de criptomoeda: O que é, quais os tipos e quais vantagens e desvantagens? **Hostmídia**. Disponível em: <https://www.hostmidia.com.br/blog/carteira-de-criptomoeda/>. Acesso em: 10 set. 2024.

diretamente ligada ao tratamento tributário que os criptoativos terão. O termo criptoativos é um termo genérico que engloba criptomoedas, embora denominadas dessa forma, as criptomoedas não podem ser classificadas como moedas, pois não possuem os requisitos exigidos pela teoria monetária consagrada⁴².

As moedas devem possuir três funções: Servir como meio de troca, reserva de valor e unidade de conta. Para a efetivação dessas três funções, as moedas devem possuir algumas características, como: divisibilidade, durabilidade, dificuldade de falsificação, manuseabilidade, transportabilidade e liquidez. Dentre as três funções, os criptoativos possuem maior dificuldade em servir como reserva de valor, pois sofrem com grandes oscilações devido a sua volatilidade. Pelo fato de não serem administrados por um governo ou banco central, a flutuação do preço das criptomoedas ocorre principalmente pela especulação financeira. Dessa forma, atualmente não é possível utilizar criptoativos como uma moeda de uso possível em uma economia⁴³.

Assim, diante da ausência de curso forçado, de lastro e da impossibilidade de administração governamental, as criptomoedas não podem ser consideradas moedas⁴⁴.

Nesse sentido, o Banco Central do Brasil emitiu o comunicado nº 31.379, de 16 de novembro de 2017, afirmando que os criptoativos não são considerados como moedas.

⁴² FERRAREZI, Renata Soares Leal. O caminho das pedras para a tributação dos criptoativos. **Revista Tributária e de Finanças Públicas Atual – Rtrib**, v. 142, ano 27, p. 243-260, 2020. Disponível em: <https://rtrib.abdt.org.br/index.php/rftp/article/view/204>. Acesso em: 13 set. 2024, p. 243-245.

⁴³ BREUNIG, Leonardo Henrique. **Bitcoin**: ativo financeiro ou moeda digital?. 2020. 69 p. Monografia (Bacharelado em Ciências Econômicas) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2020. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11624/3094>. Acesso em 12 out. 2024, p. 35-36.

⁴⁴ FERRAREZI, Renata Soares Leal. O caminho das pedras para a tributação dos criptoativos. **Revista Tributária e de Finanças Públicas Atual – Rtrib**, v. 142, ano 27, p. 243-260, 2020, p. 245.

O investimento em criptomoedas também não pode ser considerado um valor mobiliário, já que não se enquadra no rol taxativo previsto nos incisos I a VIII do art. 2º da Lei nº 6.385/1976⁴⁵ e não preenche os requisitos para ser considerado um contrato de investimento coletivo. Portanto, as criptomoedas estão fora da competência regulatória da Comissão de Valores Mobiliários, não podendo ser aplicadas as disposições previstas na Lei nº 6.385/1976⁴⁶.

Apesar das tentativas de criar um cenário em que as criptomoedas se tornem moedas predominantes em uma economia, atualmente os criptoativos são preponderadamente reconhecidos como ativos financeiros. Assim como as ações de empresas, as criptomoedas têm seu preço atrelado ao mercado financeiro, sendo um ativo de risco, podendo proporcionar tanto grandes ganhos como grandes perdas, se enquadrando no conceito de renda variável e possuindo muitas similaridades com ativos financeiros tradicionais. Com a compra de criptomoedas os investidores esperam que elas se valorizem e tragam lucros quando forem vendidas. Essa intenção de comprar criptomoedas por um valor baixo e vendê-las posteriormente por um valor maior é o que caracteriza os criptoativos como ativos financeiros de rentabilidade variável⁴⁷.

A ausência de lei específica que regule as criptomoedas traz debates acerca da natureza jurídica a elas conferida, portanto não há um consenso sobre o tema. Entretanto, em 2016 a Receita Federal se manifestou pela primeira vez sobre o

⁴⁵ BRASIL. Lei nº 6.385 de 7 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 dez. 1976. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm. Acesso em: 12 out. 2024.

⁴⁶ LIMA JUNIOR, João Manoel de. O bitcoin é um valor mobiliário ou um ativo financeiro? **Revista de informação legislativa**, Brasília, DF, v. 59, n. 236, p. 209-235, out./dez. 2022. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/604109>. Acesso em: 13 set. 2024, p. 229.

⁴⁷ BREUNIG, Leonardo Henrique. **Bitcoin: ativo financeiro ou moeda digital?**. 2020. 69 p. Monografia (Bacharelado em Ciências Econômicas) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2020. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11624/3094>. Acesso em 12 out. 2024, p. 42-44.

tema na resposta da pergunta 455 do DIRPF-2022⁴⁸, determinando que as criptomoedas são equiparadas a ativos financeiros, devendo ser declaradas pelo valor de aquisição do ativo, sendo aplicável o Imposto de renda sobre o ganho de capital⁴⁹.

Dessa forma, ao tentar enquadrar as criptomoedas como moedas, commodities ou valores mobiliários, nota-se que nenhum destes define corretamente a natureza jurídica das criptomoedas, portanto, a natureza jurídica que melhor se amolda é a de ativos financeiros.

Atualmente no Brasil ainda não existe uma legislação específica que verse sobre todos os aspectos que envolvem as criptomoedas, sendo reguladas em certos pontos por orientações de órgãos governamentais, como o comunicado de nº 25.306 de fevereiro de 2014 do (Banco Central do Brasil – BACEN)⁵⁰, que esclarece que as moedas virtuais não se confundem com as moedas eletrônicas as quais a Lei 12.865/2013 se refere, também define o conceito de moedas eletrônicas como recursos armazenados eletronicamente e que permitam transações de pagamento denominadas em moeda nacional. Porém, possuem forma própria de denominação, se distinguindo das moedas emitidas e controladas por governos soberanos, não sendo consideradas como dinheiro, mas sim como um ativo financeiro.

⁴⁸BRASIL. Secretaria Especial da Receita Federal. **Perguntas e respostas IRPF 2022**. Pergunta nº 455, Como os criptoativos devem ser declarados? Exercício de 2022, Ano Calendário 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/perguntas-e-respostas/dirpf/pr-irpf-2022.pdf/view>. Acesso em: 10 set. 2024.

⁴⁹CORRÊA, Gabriel Rodrigues. **A natureza jurídica e a tributação de criptomoedas à luz da legislação brasileira**. 2022. 38 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, escola de direito FGV direito Rio, Rio de Janeiro, 2022. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/76f1710b-e71c-459e-85e5-77d7fc5ee95b/content>. Acesso em: 9 set. 2024, p. 9.

⁵⁰BRASIL. Banco Central do Brasil. **Comunicado 25.306, de fevereiro de 2014**. Esclarece sobre os riscos decorrentes da aquisição das chamadas “moedas virtuais” ou “moedas criptografadas” e da realização de transações com elas. [S. l.], 19 fev. 2014. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=comunicado&numero=25306>. Acesso em: 10 set. 2024.

A Comissão de Valores Mobiliários⁵¹ (CVM), em maio de 2018, emitiu um alerta sobre os riscos que as transações com criptoativos podem oferecer, como fraudes, riscos de liquidez, alta volatilidade, riscos da ausência de regulamentação e riscos cibernéticos. Também declarou que a natureza dos ativos virtuais iria determinar se a operação estaria ou não sujeita a regulamentação do mercado de valores imobiliários e os que estivessem sujeitos à regulamentação da CVM, estariam obrigados a cumprir a legislação e a regulamentação da CVM.

A Receita federal do Brasil⁵² (RFB), também se pronunciou sobre o tema emitindo a Instrução normativa nº 1888 de 3 de maio de 2019, que instituiu a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos e delimitou o conceito jurídico de criptoativos.

Na legislação brasileira, o projeto de lei 4401/2021⁵³ (Nº Anterior: PL 2303/2015), foi aprovado e transformado na Lei 14.478/2022⁵⁴, sendo a primeira lei a dispor sobre os criptoativos, entrou em vigor em 20/03/2023 e ficou conhecida como o marco legal dos criptoativos. A referida lei tem por objetivos dispor “*diretrizes a serem observadas na prestação de serviços de ativos virtuais e na regulamentação*

⁵¹ CVM. Série Alertas: **Criptoativos**. maio de 2018. Disponível em: https://www.gov.br/investidor/pt-br/educacional/publicacoes-educacionais/alertas/alerta_cvm_criptoativos_10052018.pdf. Acesso em: 10 set. 2024.

⁵² BRASIL. Receita Federal do Brasil. Instrução Normativa RFB nº 1.888, de 03 de maio de 2019. Institui e disciplina a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptomativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB). **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 14, Brasília, DF, 7 maio. 2019. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=100592>. Acesso em: 17 set. 2024.

⁵³ BRASIL. **Projeto de Lei 4401/2021, de 8 de julho de 2015**. Dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de “arranjos de pagamento” sob a supervisão do Banco Central. Câmara dos Deputados, Brasília, DF. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1555470&fichaAmigavel=nao>. Acesso em: 17 set. 2024.

⁵⁴ BRASIL. Lei nº 14.478, de 21 de dezembro de 2022. Dispõe sobre diretrizes a serem observadas na prestação de serviços de ativos virtuais e na regulamentação das prestadoras de serviços de ativos virtuais. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 dez. 2022. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=14478&ano=2022&data=21/12/2022&ato=c12ITVE9kMZpWTf4c>. Acesso em: 17 set. 2024.

das prestadoras de serviços de ativos virtuais”. Bem como, aumentar a pena para o crime de lavagem de dinheiro que for cometido com a utilização de ativo virtual.

A lei mais recente foi originada do projeto de lei 4173/2023⁵⁵, o qual foi protocolado pelo Governo Federal e versa sobre a tributação de investimentos nacionais e internacionais, incluindo as criptomoedas. O PL 4173/2023 foi transformado na Lei 14.754/2023⁵⁶, que entrou em vigor em 01/01/2024, exceto alguns artigos que entraram em vigor na data da publicação em 12/12/2023. A referida lei tem por objetivos dispor “sobre a tributação de aplicações em fundos de investimento no País e da renda auferida por pessoas físicas residentes no País em aplicações financeiras, entidades controladas e trusts no exterior”. Com a aprovação da Lei 14.754/2023, as criptomoedas ficam sujeitas à incidência do Imposto sobre renda de pessoas físicas, com alíquota de 15% (quinze por cento) sobre os rendimentos, assim, inserindo as criptomoedas na categoria de aplicações financeiras.

Ainda, além das leis já aprovadas no congresso, existem vários projetos de lei que versam sobre as criptomoedas, como o projeto de lei 3.706/2021⁵⁷, que cria a tipificação do delito de formação de pirâmides financeiras, negociação ou intermediação de compra e venda de criptomoedas com finalidade de evasão de

⁵⁵ BRASIL. **Projeto de Lei 4173/2023, de 29 de agosto de 2023**. Dispõe sobre a tributação da renda auferida por pessoas físicas residentes no País em aplicações financeiras, entidades controladas e trusts no exterior. Câmara dos Deputados. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2383287&fichaAmigavel=nao>. Acesso em: 17 set. 2024.

⁵⁶ BRASIL. Lei nº 14.754, de dezembro de 2023. Dispõe sobre a tributação de aplicações em fundos de investimento no País e da renda auferida por pessoas físicas residentes no País em aplicações financeiras, entidades controladas e trusts no exterior. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 dez. 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14754.htm. Acesso em: 17 set. 2024.

⁵⁷ BRASIL. **Projeto de Lei 3.706/2021**. Acrescenta os arts. 24-A e 24-B na Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, para tipificar a constituição de pirâmide financeira e a intermediação ou a negociação de criptoativos com o objetivo de praticar crimes. Senado Federal. Brasília, DF. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/150410>. Acesso em: 17 set. 2024.

fronteiras, sonegação fiscal ou qualquer outro crime. Outro projeto de lei que versa sobre o tema é o Projeto de Lei 1.600/2022⁵⁸, que delimita a natureza jurídica dos criptoativos e dispõe sobre a possibilidade de penhora de criptoativos. Ainda, vale citar o projeto de lei 4932/2023⁵⁹, que regulamenta o mercado de criptoativos e cria requisitos para o funcionamento de prestadora de serviços de ativos virtuais. Por fim, o projeto de Lei 889/2024⁶⁰, que visa o combate às organizações criminosas, criando a possibilidade de bloqueio de recursos que sejam produto de crime, incluindo os recursos que estiverem aportados em criptomoedas. Todos os projetos citados continuam em tramitação nas respectivas câmaras legislativas.

3 TRIBUTAÇÃO DAS CRIPTOMOEDAS

Os criptoativos são equiparados a ativos financeiros para fins de tributação, ficando sujeitos à tributação a título de ganho de capital, incidindo o Imposto de Renda, conforme o Art. 153, inciso III, da Constituição Federal e Art. 43 do Código Tributário Nacional. Apesar do Imposto de Renda ser o principal tributo aplicável aos criptoativos, existem outros impostos que podem incidir a depender do caso em concreto. Como é o caso do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD), que pelo fato dos criptoativos se tratarem de bens com valor econômico,

⁵⁸ BRASIL. **Projeto de Lei 1.600/2022, de 10 de junho de 2022**. Dá nova redação à Lei nº13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), ao Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 e à Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Câmara dos Deputados. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2327147>. Acesso em: 17 set. 2024.

⁵⁹ BRASIL. **Projeto de Lei 4.932/2023, de 10 de outubro de 2023**. Estabelece requisitos para a autorização do funcionamento de prestadores de serviços de ativos virtuais. Câmara dos Deputados. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2395230>. Acesso em: 17 set. 2024.

⁶⁰BRASIL. **Projeto de Lei 889/2024, de 20 março de 2024**. Institui medidas assecuratórias para resguardar valores que sejam produto ou constituam proveito dos crimes de tráfico de drogas, de organização criminosa e de constituição de milícia privada. Câmara dos Deputados. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2422328>. Acesso em: 17 set. 2024.

haverá a incidência nos casos de doações ou transmissão para herdeiros. Bem como, as transações com criptoativos poderão ser tributadas pelo Imposto Sobre Operações Financeiras (IOF) e pelo Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), principalmente quando forem realizadas através de exchanges⁶¹.

No caso das criptomoedas provenientes da mineração, se questiona sobre a possibilidade de incidência de tributos, especialmente o Imposto de Renda, que incide sobre o acréscimo patrimonial de pessoa física ou jurídica. Este acréscimo pode vir da renda, proveniente do trabalho ou de proventos, que são os resultados financeiros de uma atividade já realizada. A mineração não pode ser caracterizada como trabalho, uma vez que não há relação empregatícia, não podendo considerar as criptomoedas como resultado do trabalho e não sendo aplicável o descrito no artigo 43, inciso I do CTN. Bem como, as criptomoedas provenientes da atividade de mineração não podem ser consideradas proventos, uma vez que na mineração, uma nova criptomoeda é gerada, não sendo um acréscimo patrimonial de uma atividade já realizada, pois não existe um bem anterior à mineração, não se enquadrando no disposto no artigo 43, inciso II do CTN. Dessa forma, as criptomoedas proveniente da mineração não se enquadram na hipótese de incidência do artigo 43 do CTN⁶².

O artigo 6º da Instrução Normativa nº 1.888/2019⁶³, instituiu a obrigatoriedade de prestar informações relativas a operações de compra, venda, permuta, doação,

⁶¹ FERRAREZI, Renata Soares Leal. O caminho das pedras para a tributação dos criptoativos. **Revista Tributária e de Finanças Públicas Atual – Rtrib**, v. 142, ano 27, p. 243-260, 2020, p. 247-248.

⁶² FELIZARDO, Marília do Amaral. O Imposto de Renda da Pessoa Física na Permuta de Criptoativos. **Revista Direito Tributário Atual - IBDT**, São Paulo, v. 56, ano 42, p. 506-522, 1º quadrimestre 2024, p. 514-520.

⁶³ BRASIL. Receita Federal do Brasil. Instrução Normativa RFB nº 1.888, de 03 de maio de 2019. Institui e disciplina a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptomativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB). **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 14, Brasília, 7 maio. 2019. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=100592>. Acesso em: 24 set. 2024.

transferências, retiradas, cessão temporária, dação em pagamento, emissão e outras operações que impliquem em transferência de criptoativos.

Bem como, a Instrução Normativa nº 1.888/2019⁶⁴ trouxe no artigo 10 as multas aplicáveis, sendo tanto para Pessoas Jurídicas, como para Pessoas Físicas, aplicáveis nos casos em que deixarem de prestar ou omitirem informações a que estivessem obrigadas, prestarem fora do prazo ou de forma incorreta, inexata ou incompleta.

Dessa forma, pessoas físicas e jurídicas ficam obrigadas a prestar informações à Receita Federal sobre transações realizadas com criptoativos, sob pena de multa caso deixem de prestá-las.

Seguindo o entendimento da Receita Federal, os criptoativos são equiparados a ativos financeiros para fins de tributação, dessa forma, os ganhos de capital provenientes de transações realizadas por pessoas físicas com criptoativos serão tributadas pelo Imposto sobre a Renda de Pessoas Físicas (IRPF), incidindo progressivamente as alíquotas previstas no artigo 1º da Lei nº 13.259, de 16 de março de 2016⁶⁵:

Art. 1º: O art. 21 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, passa a vigorar com as seguintes alterações:

⁶⁴ BRASIL. Receita Federal do Brasil. Instrução Normativa RFB nº 1.888, de 03 de maio de 2019. Institui e disciplina a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptomativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB). **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 14, Brasília, 7 maio. 2019. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=100592>. Acesso em: 24 set. 2024.

⁶⁵ BRASIL. Receita Federal do Brasil. Instrução Normativa RFB nº 2180, de 11 de março de 2024. Dispõe sobre a tributação da renda auferida por pessoas físicas residentes no País com depósitos não remunerados no exterior, moeda estrangeira mantida em espécie, aplicações financeiras, entidades controladas e trusts no exterior, e sobre a opção pela atualização do valor dos bens e direitos no exterior, de que tratam os arts. 1º a 15 da Lei nº 14.754, de 12 de dezembro de 2023. **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 123, Brasília, 13 mar. 2024. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=136603#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20tributa%C3%A7%C3%A3o%20da,no%20exterior%2C%20de%20que%20tratam>. Acesso em: 24 set. 2024.

Art. 21. O ganho de capital percebido por pessoa física em decorrência da alienação de bens e direitos de qualquer natureza sujeita-se à incidência do imposto sobre a renda, com as seguintes alíquotas:

I - 15% (quinze por cento) sobre a parcela dos ganhos que não ultrapassar R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais);

II - 17,5% (dezessete inteiros e cinco décimos por cento) sobre a parcela dos ganhos que exceder R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) e não ultrapassar R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais);

III - 20% (vinte por cento) sobre a parcela dos ganhos que exceder R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) e não ultrapassar R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais); e

IV - 22,5% (vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento) sobre a parcela dos ganhos que ultrapassar R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

Dessa forma, os criptoativos devem ser declarados quando o valor das transações forem superiores a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e no caso de o ganho de capital proveniente da alienação destes ativos for superior a R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) será sujeito a tributação conforme as alíquotas progressivas, portanto se o ganho de capital for inferior ao valor citado, haverá isenção de impostos⁶⁶.

Com relação às Pessoas Jurídicas que realizam transações com criptomoedas, prevalece o mesmo entendimento da Receita Federal equiparando os criptoativos aos ativos financeiros. Dessa forma, incidirá o Imposto sobre a Renda de Pessoas Jurídicas (IRPJ), as alíquotas aplicadas serão de 15% com um adicional de 10% sobre o que ultrapassar 60.000,00 no trimestre. Também incidirá 9% de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL). A base de cálculo será o ganho de capital, que é o valor de alienação menos o valor contábil correspondente ao valor de aquisição. Entretanto, a base de cálculo também dependerá do regime de apuração da Pessoa Jurídica. Os que forem obrigados ou optarem pelo sistema do Lucro Real

⁶⁶ BRASIL. Ministério da Fazenda. **Tributação de criptoativos**: Receita Federal esclarece sobre declaração de operações com moedas virtuais. 31 mar. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/noticias/2023/marco/receita-federal-esclarece-sobre-declaracao-de-operacoes-com-moedas-virtuais>. Acesso em: 24 set. 2024.

podem evitar a tributação caso exista prejuízo contábil no período de apuração. Enquanto os que optarem pelo lucro presumido não podem deduzir os prejuízos fiscais, pois para fins de apuração, o ganho é somado à receita bruta da PJ. Ainda, nas sociedades que se enquadram no Simples Nacional, conforme art. 5º, inciso V, alínea “b” da Resolução CGSN nº 094/2011, o imposto de Renda irá incidir sobre o ganho de capital, levando em consideração a depreciação, amortização ou exaustão acumulada⁶⁷.

Certas negociações com criptoativos não envolvem liquidação em dinheiro, como no caso das permutas, em que ocorre uma troca de ativos, havendo dificuldade em aferir qual parte estaria auferindo ganhos com a permuta, o que traz debates sobre a incidência ou não de tributos. Para solucionar a questão deve ser analisado o tratamento dispensado aos imóveis recebidos em permuta, como exposto por Renata Soares Leal Ferrarez:

A Receita Federal esclareceu que, em relação ao IRPJ, a base de cálculo deveria ser calculada mediante a aplicação de 8% sobre a receita bruta, bem como frisou que constituem receita bruta tanto o montante recebido a título de torna, quanto o valor dos imóveis recebidos em permuta e que no caso de empresas que apuram o lucro presumido, para que a aquisição das unidades imobiliárias reste configurada e a receita bruta realizada, para fins de incidência tributária, basta que a posse dos imóveis esteja amparada em contrato preexistente de promessa de dação em pagamento. Ou seja, para as empresas optantes pelo lucro presumido e regime caixa, o valor do imóvel recebido em permuta, segundo a Receita Federal compõe a receita bruta e deve ser tributado no período de apuração do seu recebimento (entrega da posse), pelo valor discriminado no instrumento representativo da operação. Todavia, em sentido contrário ao entendimento da Receita Federal, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no julgamento do REsp 1.733.560 pela ausência de tributação na permuta de imóveis, sob o argumento da inexistência de receita tributável nas operações de permuta por

⁶⁷ NEVES, Barbara das; CICERI, Pedro Vitor. A tributação dos criptoativos no Brasil: desafios das tecnologias disruptivas e o tratamento tributário brasileiro. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, Paraná, ano 3, n. 3, dez. 2018. Disponível em: https://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/12/revista_esa_8_07.pdf. Acesso em: 24 set. 2024, p. 23-24.

tratar-se, tão somente, de uma troca de ativos, sem reflexos nas contas de resultado das empresas. Certamente, ocorrendo permuta de criptoativos, o tratamento tributário dispensado à operação será o mesmo acima mencionado, cabendo a ressalva do entendimento já manifestado pelo STJ⁶⁸.

Dessa forma, apesar do entendimento do STJ, nas operações de permuta realizada com criptoativos irá incidir o Imposto sobre a Renda de Pessoas Jurídicas (IRPJ), sendo o valor computado como receita bruta e tributado no período de apuração do recebimento.

Com a aprovação da Lei 14.754/23⁶⁹, as transações com criptativos realizadas no exterior ficam sujeitas ao Imposto sobre a renda de Pessoas Físicas (IRPF), porém, sem nenhuma dedução da base de cálculo, portanto sem a isenção de até R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) garantida para as transações realizadas em território nacional e incidindo a alíquota de 15% (quinze por cento), conforme o § 1º do artigo 2º, da Lei 14.754/23:

Art. 2º A pessoa física residente no País declarará, de forma separada dos demais rendimentos e dos ganhos de capital, na Declaração de Ajuste Anual (DAA), os rendimentos do capital aplicado no exterior, nas modalidades de aplicações financeiras e de lucros e dividendos de entidades controladas.

§ 1º Os rendimentos de que trata o caput deste artigo ficarão sujeitos à incidência do Imposto sobre a Renda das Pessoas Físicas (IRPF), no ajuste anual, à alíquota de 15% (quinze por cento) sobre a parcela anual dos rendimentos, hipótese em que não será aplicada nenhuma dedução da base de cálculo

⁶⁸ FERRAREZI, Renata Soares Leal. O caminho das pedras para a tributação dos criptoativos. **Revista Tributária e de Finanças Públicas Atual – Rtrib**, v. 142, ano 27, p. 243-260, 2020, p. 254.

⁶⁹ BRASIL. Lei nº 14.754, de dezembro de 2023. Dispõe sobre a tributação de aplicações em fundos de investimento no País e da renda auferida por pessoas físicas residentes no País em aplicações financeiras, entidades controladas e trusts no exterior. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 dez. 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14754.htm. Acesso em: 24 set. 2024.

Assim, as transações realizadas com criptomoedas no exterior também ficam sujeitas à incidência do IRPF, com alíquota de 15% (quinze por cento), o que pode ser vantajoso para investidores que movimentam altos valores em criptomoedas, já que em transações nacionais a alíquota pode chegar a 22,5% (vinte e dois e meio por cento).

A reforma tributária prevista na Emenda Constitucional nº 132 de 2023, traz preocupações em relação às transações com criptoativos, isso porque uma das mudanças é o aumento das alíquotas aplicáveis às transações, podendo gerar impactos tanto para o mercado de criptoativos, quanto para o Brasil no contexto econômico global. O aumento da tributação pode dificultar a utilização de criptoativos no Brasil, também pode aumentar a evasão fiscal e diminuir a arrecadação. Bem como, a majoração de tributos de forma excessiva afasta investidores, diminuindo as oportunidades de negócios e inovações no país. Para que ocorra uma regulamentação benéfica para todos, é necessário que o legislador tenha um posicionamento mais equilibrado, o que evidentemente não ocorre na reforma tributária aprovada⁷⁰. Outra alteração trazida pela reforma tributária é a retirada da isenção de transações realizadas nacionalmente que não ultrapassem R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) por mês⁷¹.

Esse aumento da tributação nas transações com criptomoedas demonstra que o Brasil está tomando um caminho mais restritivo, desestimulando a utilização de criptoativos. Em 2021, El Salvador adotou o Bitcoin como moeda de curso legal,

⁷⁰ MEDEIROS, Geovana Dantas Cândido Carvalho; CARVALHO, Tarcísio Parada de; REGO, Ihgor Jean. Tributação de Criptomoedas no Brasil: Análise à luz da Reforma Tributária. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciência e Educação**, São Paulo, v. 9, n. 10, p. 6955-6971, nov. 2023. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/11996/5697>. Acesso em: 30 set. 2024, p. 6966-6967.

⁷¹ LONGO, Laelya. Reforma do Imposto de Renda: o que pode mudar para operações com criptos? **Valor Econômico**, São Paulo, 24/04/2024. Disponível em: <https://valor.globo.com/financas/cripto-moedas/noticia/2024/04/24/reforma-do-imposto-de-renda-o-que-pode-mudar-para-operacoes-com-criptos.ghtml>. Acesso em: 30 set. 2024.

garantindo isenção plena de tributos, não cobrando imposto de renda ou ganhos de capital nas transações realizadas com criptomoedas. Dessa forma, El Salvador atrai investidores, criando segurança jurídica e estabilidade regulatória, o que atrai investimentos e proporciona desenvolvimento para o País⁷². Por outro lado, em 2021 a China proibiu qualquer tipo de transação realizada com criptomoedas e proibiu exchanges estrangeiras de disponibilizarem os serviços a investidores do continente⁷³.

Assim, o Brasil deve tomar um posicionamento mais equilibrado ao regulamentar a tributação para que possa garantir segurança jurídica, ao passo que incentiva o mercado de criptomoedas no país. Bem como, uma carga tributária reduzida pode incentivar a utilização de criptomoedas e gerar uma arrecadação maior do que com uma carga tributária elevada. Apesar de parecer contra intuitivo, o aumento da carga tributária não necessariamente aumenta a arrecadação, pois existem outros fatores que influenciam na equação. O aumento da carga tributária pode desestimular a prática do fato gerador, no nosso caso, a utilização de criptomoedas, assim, aumentar a carga tributária pode gerar o efeito contrário do pretendido, diminuindo a arrecadação. A curva de Laffer é um estudo econômico que explica esse fenômeno, em que o aumento dos impostos faz a curva atingir o ponto de inflexão, ou seja, atingir o ponto máximo de arrecadação e a partir daquele ponto

⁷² COINTELEGRAPH. Bitcoin Dogs: Listagem Tripla em Exchanges Acontece Hoje. **Cointelegraph**, 20 ago. 2024. Comunicado de imprensa. Disponível em: <https://br.cointelegraph.com/press-releases/crypto-in-latin-america-the-3-best-countries-to-live-in-with-zero-taxation>. Acesso em: 30 set. 2024.

⁷³ JHA, Prashant. Tribunal da China declara ativos virtuais como propriedades legais protegidas por lei, aponta relatório. **Cointelegraph**, 1 set. 2023. Disponível em: <https://br.cointelegraph.com/news/china-court-declares-virtual-assets-as-legal-properties-protected-by-law-report>. Acesso em: 30 set. 2024.

tomar a direção contrária e diminuir a arrecadação de impostos conforme se aumenta a carga tributária⁷⁴.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é evidente que em certos pontos existem lacunas legislativas em relação aos criptoativos, entretanto, apesar da inexistência de regulamentação específica que verse sobre todos os pontos relevantes, existem orientações de órgãos governamentais e leis que tratam do assunto, como a Lei nº 14.478/2022, conhecida como o marco legal dos criptoativos e a Lei nº 14.754/23, que versa sobre investimentos em criptoativos no exterior. Bem como existem diversos projetos de lei sobre criptoativos, sendo que a maioria continua em tramitação nas respectivas câmaras legislativas.

Com relação à natureza jurídica dos criptoativos, verifica-se que apesar das similaridades, não podem ser considerados moedas, pois não preenchem os requisitos necessários para se enquadrarem como tal. Bem como, não podem ser consideradas como Valores mobiliários, pois não se enquadram no rol taxativo previsto nos incisos I a VIII do art. 2º da Lei nº 6.385/1976. Dessa forma, a natureza jurídica que melhor se amolda aos criptoativos é a de ativos financeiros.

Esse também é o entendimento vigente dado pela Receita Federal do Brasil, que equiparou as criptomoedas a ativos financeiros para fins tributários. Assim, as transações realizadas com criptomoedas ficam principalmente sujeitas à incidência do Imposto sobre a Renda das Pessoas Físicas (IRPF) e ao Imposto sobre a Renda de Pessoas Jurídicas (IRPJ) tendo como base de cálculo o ganho de capital. Bem como,

⁷⁴ ARAUJO, Guilherme Dourado Aragão Sá. Onde estamos na curva de Laffer? Análise sobre a otimização da carga tributária brasileira. **Revista Tributária e de Finanças Públicas Atual – Rtrib**, v. 129, p. 43-46, jul./ago. 2016, p. 5-6.

a depender do caso, poderá incidir Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), Contribuição Social Sobre Lucro Líquido (CSLL), Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD) e Imposto sobre Operações Financeiras (IOF).

Apesar das tentativas de regulamentar o mercado de criptoativos, o Brasil ainda necessita aprimoramento legislativo, o que traz um grande desafio para o legislador. Isso porque as tecnologias evoluem constantemente, ao passo que as normas legais não conseguem acompanhar as mudanças e acabam ficando ultrapassadas.

Dessa forma, a legislação tributária no Brasil necessita que o legislador tenha um posicionamento mais equilibrado, para garantir a arrecadação de impostos, sem impor uma carga tributária abusiva que comprometa o mercado de criptoativos no Brasil. Assim, garantindo a simplificação tributária, com normas mais claras e justas, no intuito de evitar a evasão fiscal e o uso ilícito de criptoativos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Mariana Dionísio de. Tratamento jurídico das criptomoedas: a dinâmica dos bitcoins e o crime de lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 43-59, dez.2017. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4897>. Acesso em: 16 ago.2024.

ARAUJO, Guilherme Dourado Aragão Sá. Onde estamos na curva de Laffer? Análise sobre a otimização da carga tributária brasileira. *Revista Tributária e de Finanças Públicas Atual -Rtrib*, v.129, p. 43-46, jul/ago.2016. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a8997f400000192a062d0203740af6d&docguid=I1d9112905ac611e696c6010000000000&hitguid=I1d9112905ac611e696c6010000000000&spos=1&epos=1&td=9&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 15 ago.2024.

BIANCOLINI, Adriano; SILVA, Fernando César Domingues da; OSTI, Joelson Ribas. Como a tecnologia blockchain vem impactando ou pode impactar nas estruturas administrativas estatais. Revista Jurídica da escola Superior de Advocacia da OAB - PR, Curitiba, ano 3, número 3, dez.2018. Disponível em: https://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/12/revista_esa_8_09.pdf. Acesso em: 21 ago.2024.

BITYBANK. Halving do Bitcoin: O que é e como impacta o preço do BTC. Bitybank. Disponível em: <https://www.bity.com.br/blog/halving-do-bitcoin/>. Acesso em: 21 ago.2024.

BOFF, Salete Oro; FERREIRA, Natasha Alves. Análise dos benefícios sociais da bitcoin como moeda. Revista Jurídica Unam, México, v. 16 p. 499 - 523, jan.2016. Disponível em: <https://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v16/1870-4654-amdi-16-00499.pdf>. Acesso em: 23 ago.2024.

BOMFIM, Ricardo. Bitcoin: como comprar e transferir a moeda digital? Valor Econômico, São Paulo, 20/07/2023. Disponível em: <https://valor.globo.com/financas/criptomoedas/noticia/2023/07/20/bitcoin-como-comprar-e-transferir-a-moeda-digital.ghtml>. Acesso em: 25 ago.2024.

BORGES, Ana Beatriz dos Santos. Bitcoin: internet do dinheiro e o direito. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, v. 21, n.81, p. 119-139, jul/set.2018. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000018fcfe6eb5c3884a69&docguid=I080896b0a82f11e8a090010000000000&hitguid=I080896b0a82f11e8a090010000000000&spos=2&epos=2&td=26&context=232&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 17 ago.2024.

BRASIL. Banco Central do Brasil. Comunicado 25.306, de fevereiro de 2014. Esclarece sobre os riscos decorrentes da aquisição das chamadas "moedas virtuais" ou "moedas criptografadas" e da realização de transações com elas. [S.I], 19 fev.2014. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=comunicado&numero=25306>. Acesso em: 17 ago.2024.

BRASIL. Banco Central do Brasil. Comunicado nº 31.379, de novembro de 2017. Alerta sobre os riscos decorrentes de operações de guarda e negociação das denominadas moedas virtuais. Diário Oficial da União, Brasília, 16 nov.2017. Disponível em:

<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Comunicado&numero=31379>. Acesso em: 28 ago.2024.

BRASIL. Lei ° 6.385 de 7 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 dez.1976.Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm. Acesso em: 12 out.2024.

BRASIL, Lei nº 14.478, de 21 de dezembro de 2022. Dispõe sobre diretrizes a serem observadas na prestação de serviços de ativos virtuais e na regulamentação das prestadoras de serviços de ativos virtuais. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 dez.2022. Disponível em:
<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=14478&ano=2022&data=21/12/2022&ato=c12ITVE9kMZpWTf4c>. Acesso em: 28 ago.2024.

BRASIL, Lei nº 14.754, de dezembro de 2023. Dispõe sobre a tributação de aplicações em fundos de investimento no País e da renda auferida por pessoas físicas residentes no País em aplicações financeiras, entidades controladas e trusts no exterior. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 dez.2023. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14754.htm. Acesso em: 29 set.2024.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Tributação de criptoativos: Receita Federal esclarece sobre declaração de operações com moedas virtuais ,31 mar.2023. Disponível em: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/noticias/2023/marco/receita-federal-esclarece-sobre-declaracao-de-operacoes-com-moedas-virtuais>. Acesso em: 11 set.2024.

BRASIL, Projeto de Lei 889/2024, de 20 março de 2024. Institui medidas assecuratórias para resguardar valores que sejam produto ou constituam proveito dos crimes de tráfico de drogas, de organização criminosa e de constituição de milícia privada. Câmara dos Deputados. Brasília, DF. Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2422328>. Acesso em: 05 set.2024.

BRASIL, Projeto de Lei 1.600/2022, de 10 de junho de 2022. Dá nova redação à Lei nº13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), ao Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 e à Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Câmara dos Deputados. Brasília, DF. Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2327147>. Acesso em: 05 set. 2024.

BRASIL, Projeto de Lei 3.706/2021. Acrescenta os arts. 24-A e 24-B na Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, para tipificar a constituição de pirâmide financeira e a intermediação ou a negociação de criptoativos com o objetivo de praticar crimes. Senado Federal. Brasília, DF. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/150410>. Acesso em: 05 set.2024.

BRASIL, Projeto de Lei 4173/2023, de 29 de agosto de 2023. Dispõe sobre a tributação da renda auferida por pessoas físicas residentes no País em aplicações financeiras, entidades controladas e trusts no exterior. Câmara dos Deputados. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2383287&fichaAmigavel=nao>. Acesso em: 10 set.2024.

BRASIL. Projeto de Lei 4401/2021, de 08 de julho de 2015. Dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de "arranjos de pagamento" sob a supervisão do Banco Central. Câmara dos Deputados, Brasília, DF. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1555470&fichaAmigavel=nao>. Acesso em: 13 set. 2024.

BRASIL, Projeto de Lei 4.932/2023, de 10 de outubro de 2023. Estabelece requisitos para a autorização do funcionamento de prestadores de serviços de ativos virtuais. Câmara dos Deputados. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2395230>. Acesso em: 18 set.2024.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. Instrução Normativa RFB nº 1.888, de 03 de maio de 2019. Institui e disciplina a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptomativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB). Diário Oficial da União, seção 1, p. 14, Brasília, 07 maio.2019. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=100592>. Acesso em: 23 set.2024.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. Instrução Normativa RFB nº 2180, de 11 de março de 2024. Dispõe sobre a tributação da renda auferida por pessoas físicas residentes no País com depósitos não remunerados no exterior, moeda estrangeira mantida em espécie, aplicações financeiras, entidades controladas e trusts no exterior, e sobre a opção pela atualização do valor dos bens e direitos no exterior, de

que tratam os arts. 1º a 15 da Lei nº 14.754, de 12 de dezembro de 2023. Diário Oficial da União, seção 1, p.123, Brasília, 13 mar.2024. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=136603#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20tributa%C3%A7%C3%A3o%20da,no%20exterior%2C%20de%20que%20tratam>. Acesso em: 25 set.2024.

BRASIL, Secretaria Especial da Receita Federal .Perguntas e respostas IRPF 2022. Pergunta nº 455, Como os criptoativos devem ser declarados? Exercício de 2022, Ano Calendário 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/perguntas-e-respostas/dirpf/pr-irpf-2022.pdf/view>. Acesso em: 10 set.2024.

BREUNIG, Leonardo Henrique. Bitcoin: ativo financeiro ou moeda digital?. 2020. 69 p. Monografia (Graduação em Ciências Econômicas) - Universidade de Santa Cruz do Sul- UNISC, Santa Cruz do Sul, 2020. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11624/3094>. Acesso em 12 out.2024.
CARVALHO, Carlos Eduardo. As origens e a gênese do Plano Collor. Nova Economia, Belo Horizonte, v. 16, n. 1, p. 101-134, jan/abr.2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/neco/a/ssvBSZh5JWNWtxbNFpWHKHR/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 17 set.2024.

COINTELEGRAPH. Bitcoin Dogs: Listagem Tripla em Exchanges Acontece Hoje. Cointelegraph, 20 ago.2024. Comunicado de imprensa. Disponível em: <https://br.cointelegraph.com/press-releases/crypto-in-latin-america-the-3-best-countries-to-live-in-with-zero-taxation>. Acesso em: 15 set.2024.

CORRÊA, Gabriel Rodrigues. A Natureza Jurídica e a Tributação de Criptomoedas à Luz da Legislação Brasileira. 2022. 38 p. Trabalho de Conclusão de Curso(Graduação em Direito) - Fundação Getúlio Vargas, escola de direito FGV direito Rio, Rio de Janeiro, 2022. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/76f1710b-e71c-459e-85e5-77d7fc5ee95b/content>. Acesso em: 09 set.2024.

CVM. Série Alertas: Criptoativos. maio de 2018. Disponível em: https://www.gov.br/investidor/pt-br/educacional/publicacoes-educacionais/alertas/alerta_cvm_criptoativos_10052018.pdf. Acesso em: 3 set.2024.

EVANS, Trevor. Cinco explicações para a crise financeira internacional. Revista Tempo do Mundo, Brasília, v.3, n. 1, p.10-29, abr.2011. Disponível em:

https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6248/1/RTM_v3_n1_Cinco.pdf.
Acesso em: 14 ago. 2024.

FELIZARDO, Marília do Amaral. O Imposto de Renda da Pessoa Física na Permuta de Criptoativos. Revista Direito Tributário Atual - IBDT, São Paulo, v. 56, ano 42, p. 506-522, 1º quadrimestre 2024. Disponível em:
https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/189704/imposto_renda_pessoa_felizardo.pdf. Acesso em: 13 set. 2024.

FERRAREZI, Renata Soares Leal. O caminho das pedras para a tributação dos criptoativos. Revista Tributária e de Finanças Públicas Atual -Rtrib, v. 142, ano 27, p. 243-260, 2020. Disponível em:
<https://rtrib.abdt.org.br/index.php/rftp/article/view/204>. Acesso em: 13 set. 2024.
HOSTMÍDIA. Carteira de criptomoeda: O que é, quais os tipos e quais vantagens e desvantagens? Disponível em: <https://www.hostmidia.com.br/blog/carteira-de-criptomoeda/>. Acesso em: 9 out. 2024.

INFOMONEY. ETF de criptomoeda: guia para entender o que é e como investir. Infomoney, nov. 2022. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/guias/o-que-e-etf-de-criptomoeda/>. Acesso em: 09 out. 2024.

INFOMONEY. O que é o halving do bitcoin?. Infomoney. Disponível em:
<https://www.infomoney.com.br/guias/halving-do-bitcoin/>. Acesso em: 5 out. 2024.
JHA, Prashant. Tribunal da China declara ativos virtuais como propriedades legais protegidas por lei, aponta relatório. Cointelegraph, 01 set. 2023. Disponível em:
<https://br.cointelegraph.com/news/china-court-declares-virtual-assets-as-legal-properties-protected-by-law-report>. Acesso em: 16 set. 2024.

KAUR, Guneet. Wallets de Bitcoin para principiantes: tudo o que você precisa saber sobre sua carteira de BTC. Curado por Kristina Lucrezia Cornèr Cointelegraph, 27 fev. 2024. Disponível em: <https://br.cointelegraph.com/learn/bitcoin-wallets-a-beginners-guide-to-storing-btc>. Acesso em: 27 set. 2024.

LIMA JUNIOR, João Manoel de. O bitcoin é um valor mobiliário ou um ativo financeiro? Revista de informação legislativa, Brasília, v. 59, n. 236, p. 209-235, out./dez. 2022. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/604109>. Acesso em: 13 set. 2024.

LONGO, Laelya. Reforma do Imposto de Renda: o que pode mudar para operações com criptos? Valor Econômico, São Paulo, 24/04/2024. Disponível em:

<https://valor.globo.com/financas/criptomoedas/noticia/2024/04/24/reforma-do-imposto-de-renda-o-que-pode-mudar-para-operacoes-com-criptos.ghtml>. Acesso em: 13.set.2024.

MEDEIROS, Geovana Dantas Cândido Carvalho; CARVALHO, Tarcísio Parada de; REGO, Ihgor Jean. Tributação de Criptomoedas no Brasil: Análise à luz da Reforma Tributária. Revista Ibero- Americana de Humanidades, Ciência e Educação ,São Paulo, v. 9 ,n. 10, p. 6955-6971, nov.2023. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/11996/5697>. Acesso em: 2 out.2024.

NETO, Francisco Cribari; CASSIANO, Keila M. Uma Análise da Dinâmica Inflacionária Brasileira. Revista Brasileira de Economia, Rio de Janeiro, v. 59, n. 4, p. 536-566, out.2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbe/a/YMmp5QtHWQFFwztFZWKkNZC/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 02 out.2024.

NEVES, Barbara das; CICERI, Pedro Vitor. A tributação dos criptoativos no Brasil: desafios das tecnologias disruptivas e o tratamento tributário brasileiro. Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR , Paraná, Ano 3, n. 3, dez.2018. Disponível em: https://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/12/revista_esa_8_07.pdf. Acesso em: 5 out.2024.
PIRES, Timoteo Pimenta. Tecnologia blockchain e suas aplicações para provimento de transparência em transações eletrônicas. 2016. 57 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Engenharia de Redes de Comunicação) - Departamento de Engenharia Elétrica, Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/16252/1/2016_TimoteoPimentaPires_tcc.pdf. Acesso em: 14 set.2024.

RODARTE. É preciso regular os criptoativos? Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, v.26, n. 101, p. 49-77, jul/set.2023. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000018fcfb0ce71ecd2897a&docguid=I11caf4c02b6c11ee8fd2ef17b303f11f&hitguid=I11caf4c02b6c11ee8fd2ef17b303f11f&spos=5&epos=5&td=919&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 19 set.2024.

SOUSA, Ana Katrine de Moraes. O desafio da tributação das criptomoedas sob a ótica do Imposto de Renda. 2020. 63 p. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2020. Disponível

em: https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/55198/1/2020_tcc_akmsousa.pdf. Acesso em: 19 set.2024.

ULRICH, Fernando. Bitcoin: A moeda na era digital. 1 ed. São Paulo: *Instituto Ludwig von Mises Brasil*, 2014. Disponível em: <https://hmd.adm.br/ebooks/diversos/Bitcoin%20-%20A%20Moeda%20Digital.pdf>. Acesso em: 25 ago.2024.

UOL. Economia: 'Minerar' bitcoins: venezuelanos tentam fugir da inflação, 19 out.2017. Disponível em: https://www.google.com/url?q=https://economia.uol.com.br/noticias/afp/2017/10/19/minerar-bitcoins-venezuelanos-tentam-fugir-da-inflacao.htm&sa=D&source=docs&ust=1729103826100664&usg=AOvVaw0bSyBEnu__pi9er2CtLk2r. Acesso em: 15. set.2024.

VECCHIOTTI, Victor. Criptomoedas: a moeda da era digital. 2023. 39 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Econômicas) - Faculdade de Economia, Administração, Contábeis e Atuariais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2023. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/bitstream/handle/40334/1/VICTOR%20VECCHIOTTI.pdf>. Acesso em: 25. set.2024.

ZILVETI, Fernando Aurelio; NOCETTI, Daniel Azevedo. Criptomoedas e o Sistema Tributário do Século XXI. *Revista Direito Tributário Atual - IBDT*, São Paulo, nº 44, ano 38, p. 473- 492, 1º quadrimestre 2020. Disponível em: <https://www.revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1450/549>. Acesso em: 16 ago.2024.