

PREFÁCIO

O convite para escrever o prefácio desta obra comemorativa dos vinte anos do Curso de Direito da Fundação Educacional de Ituverava levou-me a recordações. Lembranças que carrego envoltas num manto de alegria, enlevo e gratidão. Lembranças de um tempo e de ações que nele se desenrolaram.

Nos anos 90, década final do século vinte, e nos anos iniciais do século XXI, foram notadas muitas preocupações quanto às características e quanto às necessidades de mudanças no ensino jurídico. Docentes e pesquisadores de universidades, juristas, pensadores da educação, além de instituições como MEC e OAB e outras foram protagonistas de extensas discussões e reflexões sobre o Ensino Jurídico e sua reconhecida necessidade de reformulação.

Foram muitos os pensadores que reconheceram características defasadas, anacrônicas, da formação nos cursos de Direito. Já estávamos sob a vigência da nova Constituição e, em seguida, da nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), mas as concepções de formação jurídica, observadas nos cursos de Direito existentes, revelavam, em grande parte, o que a profa. Inês da Fonseca Porto (na obra *Ensino Jurídico: diálogos com a imaginação*) muito bem caracterizou como modelo “central” de ensino jurídico, caracterizado como descontextualizado, unívoco, dogmático e unidisciplinar. E quase toda a literatura a respeito desse assunto, na época, referia-se à situação como *Crise do Ensino Jurídico*, reconhecendo a necessidade de encontrar formas para superar a formação transmissiva e acrítica e construir modelos de formação reflexiva, crítica, contextualizada e interdisciplinar.

Para tal, também surgiram algumas propostas de reformulação. Vale lembrar que a nova LDB – em sintonia com a nova Constituição – trazia importante inovação no sentido de não mais exigir o estabelecimento de *currículo mínimo* para os cursos superiores, devendo o Conselho Nacional de Educação fixar *diretrizes curriculares*. Esse tipo de mudança passa a ser de grande relevância, pois tem o objetivo de desfazer o viés tecnicista que predominou no ensino superior brasileiro, sobretudo no período do regime militar, onde a ideia de currículo mínimo padronizava a formação, sem nenhuma contextualização, como se fora possível às instituições, formar, do Oiapoque ao Chuí, os mesmos profissionais, sem diferenciação.

Como decorrência, surgem as Diretrizes Curriculares e, entre elas, os referentes aos cursos de Direito. Documento marcante da mudança, entre outros, foi o Parecer 0146/2002 CNE/MEC. Este documento estabeleceu que os cursos de graduação em Direito deveriam proporcionar “uma sólida formação geral e humanística, com capacidade de análise e

articulação de conceitos e argumentos, de interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e visão crítica, que fomente a capacidade de trabalho em equipe, e favoreça a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, além da qualificação para a vida, o trabalho e o desenvolvimento da cidadania”. E acrescentou, de forma inovadora, um elenco de competências e habilidades desejadas na concepção de formação dos profissionais do Direito.

Foi nesse contexto que nasceu o Curso de Direito da FAFRAM. Logo em seu início, na condição de coordenador, preocupamo-nos em difundir, em diversos setores da sociedade local, por meio de pronunciamentos na imprensa, radiodifusão e instituições sociais, uma espécie de *profissão de fé* do novel curso que se instalava na cidade.

Relembro aqui as principais mensagens desses pronunciamentos. Entre elas, afirmava-se que a instalação do curso de Direito poderia ser considerada importante conquista para uma cidade que, há tempos, em sua história, revelava pujança em sua atividade educacional. E que esse curso representava uma alternativa a mais para a formação da população jovem e um novo ponto de apoio para o desenvolvimento comunitário local e regional.

Considerava também o que se reconhecia, na época, como crise no ensino jurídico e que o modelo puramente transmissivo característico do ensino do Direito, como igualmente característico de todo o ensino tradicional, não mais respondia às necessidades postas para o exercício profissional e de cidadania dos bacharéis. Alertava que a chamada pós-modernidade comportava desafios, cujo enfrentamento exigia uso cada vez mais amplo e profundo da capacidade de pensar.

Assim, ao jurista não basta mais o simples “conhecer leis”, mas necessita de “pensar o Direito”, compreender a ciência jurídica, interpretar leis em razão de seu contexto histórico-social e ser capaz de elaborar soluções para as novas questões do convívio social, dando vazas ao sentido do Direito como elemento de transformação na sociedade.

Para tanto, cabia inovar na concepção de formação do bacharel em Direito, de tal forma a proporcionar uma compreensão acurada da sociedade e suas transformações como contexto em que se produz e se pratica o Direito. Vale dizer: é necessária uma formação humanística primorosa, a par de uma formação técnica, de natureza teórico-prática, com vistas à construção e desenvolvimento pleno da cidadania. E alcançar este perfil era exatamente a pretensão da proposta do curso de Direito que então se iniciava.

Nossa ideia principal foi implantar e consolidar um curso comprometido com as novas demandas de uma formação superior na pós-modernidade. Esta concepção referia-se a todo um

conjunto de atividades formativas que deveriam ultrapassar os limites da sala de aula e colocar o graduando em contínuo contato com os contextos sociais e melhor compreender as funções e a finalidade do Direito.

Mas a inovação não poderia se dar apenas na concepção dos conteúdos curriculares. Estávamos desenvolvendo esforços para proporcionar um ensino moderno e participativo, procurando distanciar dos modelos tradicionais e estimular os alunos a atuar juntamente com docentes em projetos de pesquisa e de ação social, palestras, debates e outras atividades de aprendizagem significativa.

Importava considerar que uma formação jurídica moderna não podia estar dissociada de uma responsabilidade social, cumprindo um papel que hoje se põe com mais ênfase para a universidade: compromisso de contribuição para as mudanças sociais.

Para tanto, o curso de Direito deveria funcionar proporcionando permanente diálogo com a realidade social na qual se insere, permeado pela busca de soluções para diversas questões desta realidade e, por isso, ator efetivo no contexto sócio-histórico, geográfico, econômico e cultural. A inserção comunitária deveria ser uma marca perene das atividades do curso. Seria necessário contar com a participação ativa desta comunidade.

Entendia-se, tal como atualmente, que, em qualquer organização humana, a qualidade resulta da atuação de todos os elementos envolvidos. E a comunidade era vista, no projeto do curso de Direito da FEI, como elemento essencial no processo de construção de conhecimento que pretendia desenvolver.

Pois bem, estas eram as prescrições para o desenvolvimento do nascituro que, desde os primórdios, na infância, adolescência e juventude, teve como cuidadores um corpo docente capaz, comprometido e dedicado. Lá estavam Antenor Celloni, Carlos Almeida, Donizete Pereira, Edson Mendonça Junqueira, Fábio Cantizani, Manoel Ilson Cordeiro Rocha, Fabiana Severi, Elizabete Maniglia, Giovana Vaz, Fabrício Garcia, Antônio Macedo Soares, Clovis Volpe Filho aos quais foram se juntando, uns por menos, outros por mais tempo (alguns permanecendo até hoje): Maria Eunice Vidal, Maristela Boldrin, Silvia Maria Junqueira, Monica Hagedorn, Cildo Giolo Jr, Cristina Serrano, Luciana Canavez, Guilherme Gouveia, Eduardo Rocha, Andreia Oliveira, Juliana Xavier Fernandes Martins, Renata Romani de Castro, Jean Gustavo Moisés, Ana Paula Bagaiolo Moraes, Mirela Andréa Alves Ficher Senô, Antônio Marco Martins, Paula Ariane, Jucemar de Moraes, Helil Palermo, Maria Rafaela Rodrigues, Érica Rubião Lucchesi, Fernanda Sarreta, Érika Kubic, Ligia Barros, Roberta Carvalho, Roberto Inácio Barbosa Filho, Sofia Muniz Alves Gracioli, Priscila Ferro, André Luís Jardini

Barbosa, Wander de Bortoli Pereira, Cristina Elena Bernardi Iaroszkeski, Victor Milan. E, mais recentemente Iuri Bellesini, Roberto Carlos Menezes, Renato Barufi, Pedro Caetano Dias Lourenço, Osmar dos Santos Jr., José Eduardo Mirândola Barbosa, Cristiano Feitosa Mendes, e Ana Carolina Ignacio Alves. Importante destacar durante a sua trajetória é que alunos egressos do Curso, após se qualificarem adequadamente, nele reingressam na condição de docentes: Rogéria Mascarenhas, Christopher Abreu Ravagnani, Murilo Coelho Theodoro Neves, Lucas Araujo, Júlia Garcia, Diego da Mota Borges, Carolina Ishikawa, Bruno Neves e João Paulo de Oliveira Santos. Representam a renovação de energias, um revigoramento muito salutar.

E agora, os seus cuidadores atuais, reiterando comprometimento e dedicação, resolvem comemorar os vinte anos do curso com mais trabalho e empenho: propõem-se à produção da presente obra, fruto de construções acadêmicas entre docentes e discentes. Um exemplo de envolvimento, a um só tempo, intelectual, afetivo e profissional que dignifica a docência no ensino superior em nosso Brasil.

Por falar em afetividade, posso então, caminhando para o encerramento deste prefácio, colocar-me nele próprio: muito honrado com o convite a escrevê-lo e muito orgulho em ter participado da trajetória desse Curso de Direito. E ainda, para melhor dizer meu sentimento permitindo-me repetir trecho de uma antiga canção, eternizada na interpretação da célebre cantora cubana Omara Portuondo, e intitulada VEINTE AÑOS:

*Si las cosas que uno quiere se pudieran alcanzar
Tú me quisieras lo mismo que veinte años atrás...*

Paulo de Tarso Oliveira
setembro de 2024

NÚMERO 941 - PÁGINA 3

JORNAL "O PROGRESSO"

ITUVERAVA, 13/12/2003

MEC aprova curso de Direito para Ituverava



Antônio Luis de Oliveira (Tôca), coordenador de Biologia; Valdomiro Berto, gerente administrativo; José Ignácio Azevedo Filho, diretor da FFCL e secretário municipal de Educação; Luiz Carlos Rodrigues (Busa), conselheiro; Mendonça, presidente; Carqueira, vereador e Carlos Fernando Possato, vice-presidente; no destaque, o diretor-executivo, Roberto Inácio Barbosa

O Ministério da Educação Cristóvam Buarque publicou no Diário Oficial da União, edição de quarta-feira, 10 de dezembro, a Portaria 3672 que autoriza o funcionamento do curso de Direito pela Fafram (Faculdade de Doutor Francisco Maeda) de Ituverava.

A instituição abrirá 100 vagas – sendo 50 para o período diurno e 50 para o noturno, no ano de 2004.

O presidente da FEI (Fundação Educacional de Ituverava) entidade mantenedora da Faculdade, César Luiz Mendonça, afirmou em entrevista a O Progresso que em janeiro será realizado o primeiro vestibular para o curso.

Mendonça ressaltou que a aprovação do MEC é uma vitória de toda a população de Ituverava. "Muita gente colaborou com isto e tenho certeza que todos estavam torcendo", destacou o presidente da FEI.

Antes de ser avaliada pelo MEC, a FEI teve que passar pelo crivo da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) e recebeu elogios também da comissão verificadora na primeira inspeção realizada na

instituição de Ituverava.

"É mais um curso para Ituverava e região, agradeço toda a diretoria e todos que direta ou indiretamente contribuíram para que este sonho se tornasse realidade", acrescentou Mendonça.

A notícia foi considerada como um verdadeiro presente de Natal para Ituverava. Deve-se levar em conta, entretanto, todo o trabalho de uma diretoria e conselho – compostos por pessoas honradas e honestas que administram a Fundação, sem qualquer remuneração ou proveito pessoal, proporcionando toda esta credibilidade que resulta nas vitórias.

Se não houvesse esta verdadeira seriedade no projeto, não teria sido aprovado um curso de tamanha extensão e responsabilidade.

O presidente da FEI agradeceu ao prefeito Lúcio Adalberto Lima Machado e ao vereador e coordenador do PT na região José Sérgio Cerqueira, que segundo ele, têm dado respaldo político e abertura de portas para a entidade junto aos governos estadual e federal.

Com o curso de Direito, Mendonça acredita que poderá ser dada a seqüência no projeto de elevar a amplitude da Fundação, tornando-a um Centro Universitário.

Mais dois cursos tiveram pareceres favoráveis de Comissões do MEC, Medicina Veterinária e Sistema de Informação e em breve também terão funcionamento aprovado em Brasília.

A FEI é um dos pilares de sustentação de Ituverava. Oferecendo oportunidades para os jovens da cidade e atraindo estudantes de toda a região e até de outros estados, aquecendo principalmente o comércio.

O novo curso deverá funcionar no Campus II da FEI, onde já são desenvolvidos Agronomia, Biologia e Administração de Empresas – gestão em Negócios e gestão em Agonegócios.

Além da Fafram, a FEI é mantenedora também da Faculdade de Filosofia Ciências e Letras e do Colégio Nossa Senhora Do Carmo.



Parreata em comemoração à aprovação do Curso de Direito para Ituverava



NÚMERO 942 - PÁGINA 11 JORNAL O PROGRESSO ITUVERAVA, 24/12/2003

PROCESSO SELETIVO 2004

NOVO CURSO

Direito

EM ITUVERAVA



Letras
Licenciatura Plena
Habilitações em:
Português / Inglês

Pedagogia
Licenciatura Plena
Habilitações em:
Administração Escolar e
Magistério das Matérias
Pedagógicas do Ens. Médio

Estudos Sociais
Licenciatura Plena
Habilitação em:
História ou Geografia

Matemática
Licenciatura Plena

Administração
Habilitação em:
Agronegócios

Ciências Biológicas
Licenciatura Plena

Normal Superior
Licenciatura Plena
Habilitação em:
Educação Infantil ou Anos
Iniciais do Ens. Fundamental



INSCRIÇÕES ABERTAS:
de 05/01 a 23/01/2004
www.feituverava.com.br

DATA DA PROVA:
25 de Janeiro de 2004

INFORMAÇÕES:
(16) 3729-3199 e 3839-6014
Rua Cel. Flauzino Barbosa Sandoval, 1259 - Ituverava - SP
e-mail: fafram@feituverava.com.br
secretaria@feituverava.com.br

NÃO PERCA TEMPO!



FE FUNDACÃO EDUCACIONAL DE ITUVERAVA

FACULDADE DE
Filosofia
Ciências
e Letras
de Ituverava

FAFRAM

Ituverava/SP, novembro de 2024.

É com grande respeito e honra que atendo ao convite para celebrar os 20 anos do curso de Direito da Faculdade Dr. Francisco Maeda.

Acredito que inicialmente devo tratar da Fundação Educacional de Ituverava, instituição criada pela Loja Maçônica “União Ituveravense” no ano de 1971. A Fundação, é uma entidade filantrópica e sem fins lucrativos, responsável pela manutenção de três instituições de ensino: o Colégio Anglo, a Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ituverava e a Faculdade “Dr. Francisco Maeda”. Estas instituições estão localizadas na cidade de Ituverava, no interior do estado de São Paulo, e atendem alunos de toda a região, contribuindo amplamente para o desenvolvimento educacional, sociocultural e econômico.

O Colégio Anglo oferece ensino infantil, fundamental e médio. A Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ituverava, mais conhecida como FFCL, mantém os cursos de nível superior: Administração, Arquitetura e Urbanismo, Ciências Contábeis, Educação Física, Engenharia Civil, Engenharia de Produção, Engenharia Elétrica, Engenharia Mecânica, Gestão de Recursos Humanos e Pedagogia. A Faculdade Dr. Francisco Maeda, ou simplesmente, FAFRAM, como é denominada, mantém os cursos superiores de Agrocomputação, Direito, Enfermagem, Engenharia Agrônômica, Medicina Veterinária e Sistemas de Informação; além dos cursos de pós-graduação.

Neste momento, ponho-me a falar sobre o curso de direito, nos idos dos anos 2000, a presidência, diretoria juntamente com os conselheiros da Fundação Educacional de Ituverava notou a necessidade regional da criação de curso voltado para a área jurídica, a região estava carente de polo educacional que contemplasse o curso de direito.

Nossos formados são comprometidos com a harmonia social e a defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, e visam a construção e manutenção de uma sociedade justa, equilibrada e democrática. O corpo docente é composto por professoras e professores renomados, em sua grande maioria doutores em direito, que trazem o grande diferencial deste curso da FAFRAM, pois ensinam e estimulam os alunos na busca do conhecimento constante e profundo.

Neste momento celebrativo então desejo que o curso de direito continue sendo frutuoso, formando grandes profissionais de sucesso, e contribuindo para o desenvolvimento equitativo, igualitário e fundamental da nossa sociedade e região.

Atenciosamente,

Paulo César da Luz Leão
Secretário do Conselho da Fundação Educacional de Ituverava

Palavra do Diretor

É com imenso orgulho e profunda emoção que celebramos o lançamento desta edição especial da nossa revista científica, que marca os 20 anos de história do curso de Direito da FAFRAM. Esta publicação não é apenas um registro acadêmico; é, sobretudo, uma homenagem ao legado construído por tantas mãos e mentes comprometidas com o saber, a justiça e a formação cidadã.

Minha trajetória pessoal se entrelaça com a do curso de Direito de maneira especial. Há praticamente 20 anos iniciei minha caminhada nesta instituição, como Advogado, e em 2009 tive a honra de ingressar como parte do curso de Direito, como professor/tutor no Escritório de Assistência Jurídica, e alguns anos depois, como docente do curso, onde encontrei uma comunidade acadêmica vibrante, engajada e com sede de transformar realidades.

Em 2018 tive o privilégio de assumir o cargo de coordenador do curso, substituindo o saudoso professor Paulo de Tarso, posição que ocupei até 2023. Foram anos intensos, desafiadores, especialmente durante o período crítico da pandemia de Covid-19, em que tivemos que repensar metodologias, reinventar a sala de aula e, acima de tudo, manter acesa a chama do ensino de qualidade, mesmo em meio às incertezas do mercado que se reduzia cada vez mais aos grandes grupos educacionais.

Hoje, na condição de Diretor da FAFRAM, sinto-me profundamente honrado por fazer parte desta celebração e desta história. A revista que agora lançamos é testemunho da maturidade acadêmica alcançada pelo curso, da força de seu corpo docente, da dedicação de seus discentes e da relevância de sua produção científica.

Parabenizo a todos que contribuíram para esta publicação e, mais amplamente, para a construção desses 20 anos de excelência no ensino jurídico, que perpassa não apenas pelas salas de aulas e campos de estágio, mas também pelos diversos setores administrativos de nosso campus, tão bem cuidado pela equipe de colaboradores que formam uma grande família. Que este marco nos inspire a continuar avançando, com responsabilidade, espírito crítico e compromisso com a sociedade. Orgulho de ser FAFRAM!

Prof. Dr. Roberto Inácio Barbosa Filho

Diretor da Faculdade Dr. Francisco Maeda – FAFRAM

SUMÁRIO

A (IN)EFICÁCIA DO CÓDIGO BRASILEIRO DE JUSTIÇA DESPORTIVA COMO MECANISMO DE COMBATE AO RACISMO NOS ESTÁDIOS.....	13
A CULTURA DO RESPEITO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS, O ENSINO JURÍDICO E O CURSO DE DIREITO DA FAFRAM	29
A LEGITIMIDADE DO DIREITO COMO INSTRUMENTO DE BUSCA POR JUSTIÇA SOCIAL: PERSPECTIVA DO ENSINO JURÍDICO BRASILEIRO	43
A TEORIA DA TIPOLOGIA DAS PARTES DE GALANTER E A PRÁTICA DO IRDR NO BRASIL: O PODER JUDICIÁRIO COMO UM JOGADOR?	64
AS POLÍTICAS DE INCENTIVO FISCAL DA ENERGIA SOLAR NO BRASIL: UMA ANÁLISE ACERCA DOS EXEMPLOS IMPLANTADOS NA ALEMANHA COM ÊNFASE NA NOVA REFORMA TRIBUTÁRIA.....	91
DIREITO COMUNITÁRIO SUPRANACIONAL EUROPEU E A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: SUA REPERCUSSÃO NA DEMOCRACIA.....	110
DO ATO À ATIVIDADE COOPERATIVA.....	122
DOSIMETRIA: O PROBLEMA DAS QUALIFICADORAS	139
FORMAÇÃO EM DIREITO E CIDADANIA: UM ESTUDO REGIONAL DO PAPEL DAS ATIVIDADES COMPLEMENTARES DE CURSOS JURÍDICOS DE GRADUAÇÃO	148
GÊNERO E COR: VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E MULHERES NEGRAS.....	162
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA SOB A ÓTICA DA LEI Nº 14.230/2021: PERSPECTIVAS SOBRE A EFETIVIDADE DO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO.	182
INIMPUTÁVEIS E SEMI-IMPUTÁVEIS: A APLICAÇÃO DAS PENAS SOB A ÓTICA DO DIREITO NOS DIAS ATUAIS	208
LIBERDADE PARENTAL E HIPOTÉTICO DIREITO DE PROCREAÇÃO: AS IMPLICAÇÕES DA REALIZAÇÃO DE INSEMINAÇÕES CASEIRAS	225
O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E A SÚMULA 410 DO STJ: NOVA LEGISLAÇÃO, VELHOS PROBLEMAS	245
O ELEMENTO SUBJETIVO DOLO NOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: DIRETRIZES DA LEI Nº 14.230/2021	267
O NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DA FACULDADE DR. FRANCISCO MAEDA - FAFRAM NA FORMAÇÃO ACADÊMICA DO ESTUDANTE DE DIREITO E NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE DE ITUVERAVA/SP	285
OS LIMITES DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR FRENTE OS DIREITOS A IMAGEM E PROTEÇÃO DE DADOS DO EMPREGADO: A UTILIZAÇÃO DO TRABALHADOR PARA VÍDEOS NAS REDES SOCIAIS	292
O STF COMO GARANTIDOR DA EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS: UMA ANÁLISE SOBRE A ATUAÇÃO DO STF NO JULGAMENTO DA ADO Nº 26.....	310
PROIBIÇÃO DA TESE DE LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA EM CASOS DE FEMINICÍDIO.....	327
RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE PRODUTORES RURAIS: EVOLUÇÃO E MUDANÇAS IMPLEMENTADAS PELA LEI N. 14.112/2020.....	344

VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL CONTRA A MULHER NO CONTEXTO DA ENTREGA VOLUNTÁRIA DO FILHO PARA ADOÇÃO: PERSPECTIVAS DE PROTEÇÃO.....	359

A (IN)EFICÁCIA DO CÓDIGO BRASILEIRO DE JUSTIÇA DESPORTIVA COMO MECANISMO DE COMBATE AO RACISMO NOS ESTÁDIOS

CASTRO, Renata Romani de¹

MOISÉS FILHO, Alexandre²

ISSUE DOI: 10.3738/1982.2278.4250

RESUMO: Lamentavelmente comportamentos, ações ou expressões que discriminam ou prejudicam indivíduos com base em sua raça são habituais na sociedade contemporânea em todos os seus meios, e nos estádios de futebol não é diferente. Apesar da política de que o esporte abarca à todos, sem distinção, do fair play, ainda depara-se frequentemente com notícias de que torcedores, atletas, comissão técnica agiram de forma injusta e desigual, como se houvesse superioridade de uma raça sobre as outras. Estes atos ferem inúmeros direitos e, especialmente o direito à Igualdade, que constitucionalmente, por via de um princípio visa assegurar que todos os indivíduos sejam tratados de maneira justa e equitativa, sem sofrer qualquer tipo de discriminação, garantindo que todos tenham acesso aos mesmos direitos e oportunidades, independentemente de características como gênero, religião, orientação sexual, origem étnica, raça, entre outros. Objetiva-se neste trabalho tratar sobre a aplicabilidade do Código de Direto de Justiça Desportiva em seu artigo 243-g, que em seu parágrafo1º prevê a perda de pontos pelo clube na competição quando na ocorrência de atos de racismo praticados por sua torcida ou integrantes do time dentro dos estádios de futebol. É evidente que tal punibilidade causaria maior impacto por parte daqueles que praticam atos racistas vinculados ao seu clube, por ter caráter pedagógico e punitivo como mecanismo de combate ao racismo nos estádios de futebol, já que na grande maioria dos casos aos clubes são aplicadas somente multa pecuniária ou perda de mando de campo. Utiliza-se nesta pesquisa o método científico dedutivo realizado através de pesquisas bibliográficas, documentais, legislações reportagens, sites e artigos.

Palavras-chave: Racismo. Igualdade. Futebol. Estádio. Pena.

THE (IN)EFFECTIVENESS OF THE BRAZILIAN CODE OF SPORTS JUSTICE AS A MECHANISM TO COMBAT RACISM IN STADIUMS

SUMMARY: Unfortunately, behaviors, actions or expressions that discriminate or harm individuals based on their race are common in contemporary society in all its forms, and in football stadiums it is no different. Despite the policy that sport encompasses everyone, without distinction, of fair play, we still frequently come across news that fans, athletes, and coaching staff acted unfairly and unequally, as if there were superiority of one race over the others. These acts violate numerous rights and, especially the right to Equality, which constitutionally, through a principle aims to ensure that all individuals are treated in a fair and equitable manner, without suffering any type of discrimination, ensuring that everyone has access to the same rights and opportunities, regardless of characteristics such as gender, religion, sexual orientation, ethnic origin, race, among others. The aim of this work is to deal with the applicability of the Sports Justice Code in its article 243-g, which in its 1st paragraph provides for the loss of points by the club in the competition when acts of racism are committed by its fans or members of the team. team inside football stadiums. It is clear that such punishment would cause a greater impact on those who practice racist acts linked to their club, as it has a pedagogical and punitive nature as a mechanism to combat racism in football stadiums, since in the vast majority of cases clubs are only fined. financial loss or loss of field command. In this research, the deductive scientific method is used, carried out through bibliographical research, documents, legislation, reports, websites and articles.

Keywords: Racism. Equality. Soccer. Stadium. Pity.

¹ Doutora em direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP/SP. Docente na Faculdade Dr. Francisco Maeda – FAFRAM/SP desde 2011. Advogada.

² Bacharel em direito Faculdade Dr. Francisco Maeda – FAFRAM/SP.

1 INTRODUÇÃO

De acordo com o Relatório Anual de Discriminação Racial no Futebol de 2022, os incidentes de discriminação no esporte brasileiro aumentaram ano após ano desde 2014 até 2022, sendo a modalidade do futebol responsável por 78% dos casos. Os dados indicam que o racismo no futebol no país supera em nível recorde as demais discriminações, tais como xenofobia, LGBTfobia, machismo e, se comparado às demais nações, apresenta 54% dos casos (Relatório Anual De Discriminação No Futebol De 2022, 2023).

Mesmo sendo jogado por pessoas de diferentes meios sociais e mistura de povos, o racismo se faz presente diariamente nos estádios. Essa triste realidade, para além de afetar a dignidade das vítimas, contribui para a perpetuação da segregação racial que se apresenta na sociedade há décadas e desabona os princípios do direito desportivo, enfraquecendo, por certo, o exercício de direitos constitucionalmente previstos, dado que se utiliza do ambiente esportivo para propagar desigualdades e desrespeitos, na contramão, portanto, dos preceitos constitucionais que tem como vértice o princípio da igualdade.

A relevância de debater sobre este tema é poder demonstrar que, nada obstante as normas relativas ao racismo no Brasil, fato é que ele continua acontecendo com maior frequência dia pós dia no futebol, de modo que a elaboração deste estudo possa ajudar na conscientização acerca da temática.

O presente trabalho tem como objetivo, portanto, investigar a (in)eficácia do artigo 243-G do Código Brasileiro de Justiça Desportiva como mecanismo para o combate ao racismo no futebol, evidenciando as lacunas e pontos controversos de referido dispositivo legal.

Para tanto, será abordado no primeiro momento, o princípio da igualdade, de modo a demonstrar o tratamento isonômico a todos os indivíduos previsto no ordenamento jurídico brasileiro para, em seguida, tratar-se-á do direito desportivo e do racismo no futebol. Por último, a análise de caso de injúria racial apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça Desportiva (STJD).

A metodologia utiliza é revisão bibliográfica crítica, com uso de artigos científicos, leis, reportagens e jurisprudências na área de pesquisa.

2 IGUALDADE *VERSUS* RACISMO

A igualdade e o racismo possuem conceitos diametralmente opostos e conflitantes. Já que a igualdade busca garantir que todas as pessoas sejam tratadas de maneira justa, respeitosa

e com igualdade de direitos, deveres e oportunidades; já o racismo é um sistema de convicção e práticas que promove a ideia de que algumas raças são superiores a outras, justificando a discriminação e o tratamento destoante com base na raça.

A igualdade no Brasil é tratada como um princípio fundamental, devidamente abarcada na proteção constitucional. E o racismo combatido como crime no ordenamento jurídico brasileiro, vejamos.

2.1 Princípio da igualdade e sua definição

O princípio da igualdade vem estampado na Constituição da República Federativa do Brasil logo em seu artigo 5º, que prevê que: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Ademais, é de se salientar que figura como objetivo fundamental da República “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, conforme disciplina seu artigo 3º, inciso IV (Brasil, 1988, online).

Desta feita, o princípio da igualdade anuncia a igualdade de aptidões e de possibilidades dos cidadãos de gozar de tratamento isonômico pela lei. Tem-se, portanto, a vedação às diferenciações arbitrárias e absurdas, em dissonância com os valores da

Constituição Federal, além de possuir a finalidade de limitar a atuação do legislador, do intérprete ou autoridade pública e do particular.

O princípio da igualdade na Constituição Federal de 1988, conforme ensina Bulos (2023), se desdobra, exemplificativamente, no artigo 4º, inciso VIII, que dispõe sobre a igualdade racial; do artigo 5º, I, que trata da igualdade entre os sexos; do artigo 5º, inciso VIII, que versa sobre a igualdade de credo religioso; do artigo 5º, inciso XXXVIII, que trata da igualdade jurisdicional; do artigo 7º, inciso XXXII, que versa sobre a igualdade trabalhista; do artigo 14, que dispõe sobre a igualdade política ou ainda do artigo 150, inciso III, que disciplina a igualdade tributária.

Na lição de Sarlet (2022, p. 72), a igualdade constitui-se em verdadeira “pedra angular” do constitucionalismo moderno e guarda grande semelhança ao conceito de justiça, que pode ser reconduzida, no plano filosófico, ao pensamento grego clássico, sobretudo o pensamento de Aristóteles, “quando este associa justiça e igualdade e sugere que os iguais devem ser tratados de modo igual ao passo que os diferentes devem ser tratados de modo desigual”.

Logo, com base no princípio constitucional da igualdade, tem-se que todas as raças e etnias devem ser protegidas, tanto na esfera de direitos, deveres e oportunidades, livre de qualquer tipo de discriminação.

2.2 Racismo e seus aspectos

Infelizmente, ao longo da história, a discriminação racial tem sido uma dura realidade para grande parte da população mundial, simplesmente pelo fato de existir uma “crença” na superioridade de uma raça sobre as outras e na discriminação com base na raça, fato que tem causado sofrimento e injustiça para inúmeras pessoas.

Esses fenômenos sociopolíticos construíram as ideologias da inferioridade dos “outros”, notadamente dos negros, dos índios e dos asiáticos, a depender do país. A “cor” é um indício de diferença complementar que procura impedir alegação de não racismo contra pessoas não brancas com a desculpa que não seriam “raça” (judeus, árabes, latinos) (Dimoulis, 2021, p 27)

Diversas organizações e legislações e internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, estabelecem o compromisso de conformidades e promover a igualdade racial. No entanto, a implementação eficaz nem sempre é fácil de alcançar, e muitas sociedades continuam a lidar com os desafios relacionados ao racismo e à discriminação racial.

Ao tratarmos da questão do racismo no Brasil, não se pode deixar de considerar o passado escravista do país, dado que o racismo é entendido como parte de um processo histórico e político que traz elementos do escravismo colonial, o qual perdura no atual sistema capitalista brasileiro (Barroso, Osório, 2022).

Logo, é uma forma de preconceito racial profundamente arraigado na sociedade e que se manifesta de várias maneiras. Segundo a lição de Silvio Almeida (2019, s.p.), o racismo é:

[...] uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertençam.

Porquanto seja uma forma de preconceito/discriminação que vai contra os mandamentos constitucionais, sobretudo ao princípio de repúdio ao racismo, previsto no artigo 4º, inciso VIII da Constituição, o racismo é considerado crime no ordenamento jurídico brasileiro, sendo

tratado em legislação própria (Lei n. 7.716/89), que versa sobre os crimes resultantes de preconceito de raça e de cor.

Importante também ressaltar neste momento a injúria racial, que ocorre quando alguém utiliza palavras, gestos, ou atitudes discriminatórias ou preconceituosas com base na raça, cor, etnia, religião, origem ou qualquer característica racial de uma pessoa ou grupo de pessoas, como o objetivo de atingir a dignidade e a integridade da (s) vítima (s), é um ato discriminatório que promove o ódio racial e perpetua estereótipos negativos.

Conforme orientação do Conselho Nacional de Justiça:

Embora impliquem possibilidade de incidência da responsabilidade penal, os conceitos jurídicos de injúria racial e racismo são diferentes. O primeiro está contido no Código Penal brasileiro e o segundo, previsto na Lei n. 7.716/1989. Enquanto a injúria racial consiste em ofender a honra de alguém se valendo de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem, o crime de racismo atinge uma coletividade indeterminada de indivíduos, discriminando toda a integralidade de uma raça. Ao contrário da injúria racial, o crime de racismo é inafiançável e imprescritível.

Todavia, desde 1989 a Lei 7.716 (Lei de Crime Racial) tenha tipificado crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, a injúria continua tipificada no Código Penal em seu artigo 140.

Destaca-se ainda a Lei n.14.532/2023 que equipara a injúria racial ao crime de racismo. Tornando a pena ainda mais severa com reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, além de multa, não cabe mais fiança e o crime é imprescritível.

A citada lei considera como discriminatória qualquer atitude ou tratamento dado à pessoa ou a grupos minoritários que cause constrangimento, humilhação, vergonha, medo ou exposição indevida, e que usualmente não se dispensaria a outros grupos em razão da cor, etnia, religião ou procedência. Ainda, se o crime for cometido no contexto de atividades esportivas, religiosas, artísticas ou culturais, a lei prevê, além da pena de reclusão, a proibição da pessoa frequentar, por 3 (três anos), locais destinados a práticas esportivas, artísticas ou culturais.

Portanto, foi endurecida a pena contra os atos chamados de racismo recreativo, que consistem em ofensas supostamente proferidas como “piadas” ou “brincadeiras”, em contexto ou com intuito de descontração, diversão ou recreação, mas que tenham caráter racista. Para esses casos, a pena foi aumentada de um terço até a metade, podendo ainda ser agravada se cometida ou difundida por meio de redes sociais ou publicações de qualquer natureza.

3 ASPECTOS GERAIS SOBRE DIREITO DESPORTIVO

O Código Brasileiro de Justiça Desportiva (CBJD) foi criado a partir da Resolução 01/2003 e reformulado pela Resolução 29/2009 do Conselho Nacional de Educação (CNE), norteado pelo comando constitucional do artigo 217 da Carta Magna, que assim estabelece: “é dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais como direito de cada um” (Brasil, 1988).

O direito desportivo surge como uma disciplina jurídica fundamental, regulamentando e direcionando as relações no ambiente esportivo, diante da dimensão que as práticas esportivas criaram tanto no aspecto monetário quanto no aspecto cultural. Essencialmente esse novo ramo do direito, objetiva preservar a integridade, direito dos atletas, comissão técnica, torcedores, entre outros garantindo uma prática esportiva ética.

Segundo a edição 2023/24 do Mercado da Bola global já movimentou \$4,5 bilhões de euros (R\$ 23,5 bilhões de reais), portanto sempre haverá diversos interesses por todas as partes que compõe as práticas desportivas, torcedores, mídia publicidade, transporte, hospedagens e um grande número de empregos diretos e indiretos tornando indispensável a regulamentação da prática dos esportes não apenas para punir mas desestimular tudo aquilo que for antidesportivo. (Uol, 2024).

A Lei nº 9.615/1998 conhecida como Lei Pelé é a base do direito desportivo brasileiro, envolvendo toda a engrenagem que movimenta o ambiente esportivo, estabelecendo diversas normas desde a gestão de clubes esportivos, contratos de trabalho e direito de imagem dos jogadores e na organização dos eventos esportivos. Sua promulgação trouxe uma significativa mudança no cenário esportivo brasileiro, introduzindo novas regras e promovendo a profissionalização e modernização do esporte no país, pois regulamenta os contratos desportivos, direito de imagem, cláusulas de transferência que são essenciais para garantir justiça, direito e equidade nas relações entre clubes, federações, atletas e patrocinadores (Brasil, 1998).

A Lei nº 10.671/2003 estabeleceu o Estatuto do Torcedor, que se volta em proteger os direitos e garantias dos que frequentam o ambiente esportivo. como capacidade de público informações claras sobre a compra de ingresso, garantindo inclusive a acessibilidade a portadores de deficiência física. Nesta legislação se estabelece medidas punitivas para práticas antidesportivas que prejudicam o ambiente esportivo, e é no que diz respeito a segurança nos estádios é a preocupação central da citada lei, que impõe responsabilidades aos clubes e órgãos

competentes, buscando a prevenção e segurança dos torcedores. Ainda, estabelece parâmetros e normas de proteção aos frequentadores, contribui diretamente para a construção de um ambiente esportivo de harmonia, trazendo segurança, cultura e contribuindo para que o futebol seja visto como uma manifestação cultural positiva. (Brasil, 2003).

Todo regramento do direito desportivo desempenha um papel fundamental de equidade e reciprocidade no cenário esportivo, contribuindo desde a formação do atleta, como o mecanismo da solidariedade que recompensam os clubes formadores para investimentos nas categorias de base. Outro aspecto é o que diz respeito a disciplina e ética desportiva, punindo e impondo sanções a práticas antidesportivas para promover um ambiente esportivo de respeito e valor.

Os principais desafios do direito desportivo na atualidade tem sido os impactos das nossas tecnologias, doping, violência nos estádios, atos de respeito como o racismo e, principalmente quanto a imensa influência econômica que há seus prós e contras. Portanto, é preciso estar sempre atento a essas mudanças para um ambiente esportivo justo e seguro.

3.1 Fair Play

Viu-se que toda a legislação objetiva regulamentar a prática do desporto, de modo que os princípios da boa fé sejam pontualmente observados, assim como da legalidade, moralidade, continuidade e estabilidade das competições (pro competitione) e, principalmente, o fair play, que é o espírito esportivo (Maia, 2022).

O princípio do fair play é essencial para uma prática esportiva ética, garantindo respeito mútuo, estabelecendo regras para garantir a integridade e honestidade dos que integram todo o ambiente esportivo, atletas, torcedores, árbitros e comissão técnica para que se tenha um ambiente esportivo saudável.

[...] conceito de fair play é um dos principais valores inerentes ao ideal olímpico concebido por Pierre de Coubertin. Para Lenk (1987) o fair play tem dupla natureza, dividindo-se em fair play for mal e informal. Segundo o autor, o fair play formal se caracteriza pelo cumprimento das regras e regulamentos, representando assim uma “norma obrigação” do competidor. O fair play informal representa os valores morais do praticante, através das atitudes cavalheirescas do competidor em relação aos adversários e árbitros. Este tipo de fair play não é regulamentado, o autor o considera uma “norma-dever” legitimado socialmente (Movimento, 2005, p. 05).

Portanto o conceito de fair play, é indispensável no ideal olímpico criado por Pierre de Coubertin para a integridade e ética no âmbito esportivo.

O fair play contribui para uma cultura desportiva de mais valor, inspiradora, de união e respeito, o que é de maior importância do que apenas a busca pelo primeiro lugar no pódio.

De acordo com Lenk (1987), o conceito de fair play se divide na forma formal e informal. Na vertente formal se associa ao cumprimento das regras e regulamentos impostos e a responsabilidade de agir como determina. Por outro lado, no que se diz respeito a fair play informal vai além das normas estabelecidas, buscando reflexão de valores morais dos atletas que envolve sua conduta dentro de campo, respeito com árbitros e adversários, configurado como uma obrigação moral legitimada socialmente.

O fair play abrangendo tanto as normas formais quanto as não formais promove um ambiente esportivo que busca não apenas que as regras sejam cumpridas, mas que haja respeito e lealdade entre os atletas e por todos aqueles que estão envolvidos no esporte, como profissionais de apoio e a torcida, para que não ocorram atos que causem discriminação em qualquer de suas faces, especialmente para este trabalho aquelas que se relacionam à raça.

4 RACISMO NO FUTEBOL

O racismo no futebol mundial ocorre de várias maneiras e em diversos contextos, se manifestando em diversos níveis, desde incidentes envolvendo jogadores em campo, na reserva, dirigentes até ações de torcedores nas arquibancadas. Destaca-se os cânticos e insultos racistas; mensagens racistas nas redes sociais; comportamento discriminatório em campo, já que alguns casos, jogadores racistas usam gestos ou expressões aparentemente discriminatórias durante as partidas; incidentes de agressão física e mental racial durante as partidas ou em confrontos com torcedores; discriminação e hostilidade nas arquibancadas entre outros.

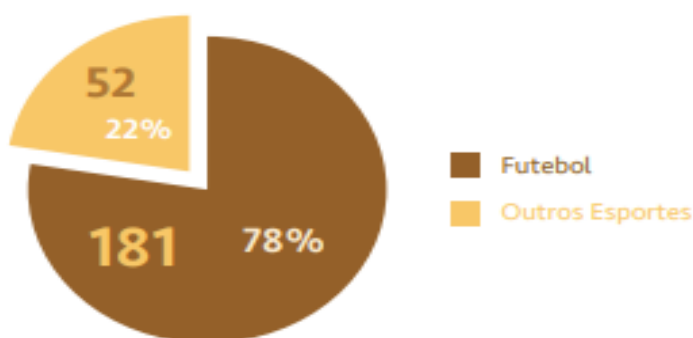
Adentrando na questão atinente ao presente artigo, que é a prática do racismo no futebol, o Relatório Anual da Discriminação Racial no Futebol de 2022, evidencia uma triste realidade: esse esporte é alvo de maior discriminação e preconceitos em relação aos demais, tanto no Brasil quanto no exterior, como demonstra o gráfico a seguir:

De mais a mais, a discriminação racial no Brasil supera em nível recorde os demais tipos de discriminação, seja no nosso país, seja no exterior, conforme se depreende do gráfico abaixo colacionado:

Adentrando na questão atinente ao presente artigo, que é a prática do racismo no futebol, o Relatório Anual da Discriminação Racial no Futebol de 2022 evidencia uma triste realidade:

esse esporte é alvo de maior discriminação e preconceitos em relação aos demais, tanto no Brasil quanto no exterior, como demonstra o gráfico a seguir:

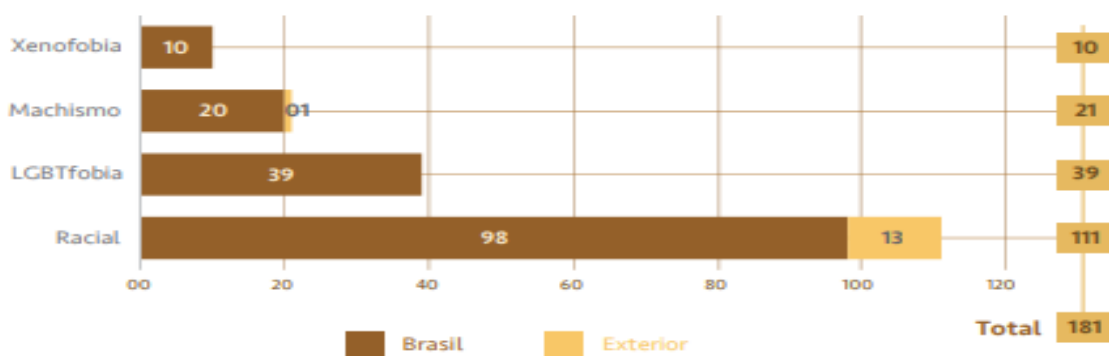
Gráfico 1. Discriminação e preconceito nos esportes
DISCRIMINAÇÃO E PRECONCEITO NOS ESPORTES
 (BRASIL + EXTERIOR)



Fonte: Extraído do Relatório Anual da Discriminação Racial no Futebol de 2022 (2023, p. 22)

De mais a mais, a discriminação racial no Brasil supera em nível recorde os demais tipos de discriminação, seja no nosso país, seja no exterior, conforme se depreende do gráfico abaixo colacionado:

Gráfico 2. Discriminação e preconceito no futebol
DISCRIMINAÇÃO E PRECONCEITO NO FUTEBOL
 (TIPOS)



Fonte: Extraído do Relatório Anual da Discriminação Racial no Futebol de 2022 (2023, p.22)
 Nesse sentido, vale destacar a observação de Freire e Moraes (2023, p. 662) de que:

[...] esse cenário, indiscutivelmente, enfraquece o exercício de direitos constitucionalmente previstos conforme delineado, uma vez que converte o ambiente desportivo em palco para propagação de desigualdades e desrespeitos entre os seus participantes e frequentadores, diversamente da desejável promoção da saúde e do lazer.

Na mesma linha de raciocínio, posiciona-se o Relatório Anual da Discriminação Racial no Futebol de 2021 (2022, p. 12):

Há racismo e discriminação no futebol porque infelizmente ainda vivemos numa sociedade racista, sexista, homofóbica e violenta, como demonstram situações cotidianas frequentemente noticiadas [...] O futebol tem a responsabilidade de ser instrumento para mudar isso, e não simplesmente um agente passivo dos processos históricos e socioculturais que conduzem aos mecanismos de opressão, violação de direitos e violência. O futebol é também, e sobretudo, um modelador da sociedade, que precisa evoluir (grifo nosso).

Conforme aduz Almeida (s.a.), nada obstante a vasta legislação existente no Brasil acerca do racismo punindo essa prática, a Justiça Desportiva, atualmente, se mostra falha com casos de discriminação racial em seu bojo, uma vez que não traz diferenciação entre injúria racial e racismo e possui um único dispositivo que trata da prática discriminatória, o artigo 243-G do CBJD, senão vejamos:

Art. 243-G. Praticar ato discriminatório, desdenhoso ou ultrajante, relacionado a preconceito em razão de origem étnica, raça, sexo, cor, idade, condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

PENA: suspensão de cinco a dez partidas, se praticada por atleta, mesmo se suplente, treinador, médico ou membro da comissão técnica, e suspensão pelo prazo de cento e vinte a trezentos e sessenta dias, se praticada por qualquer outra pessoa natural submetida a este Código, além de multa, de R\$ 100,00 (cem reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

A sanção pecuniária, de início, possui a intenção de individualizar a pena, pois, caso assim não fosse, o clube sempre responderia por seus torcedores e demais pessoas relacionadas, logo, quando é prevista uma sanção com valor mais baixo, porém efetiva, é possível que se puna diretamente os transgressores.

Analisando a redação do artigo, outro ponto que não foi devidamente esclarecido é o parágrafo 1º, visto que nele é mencionado a situação da punição dos clubes de futebol quando os atos são praticados de forma simultânea por um número considerável de pessoas, só que a própria legislação não define o que seria um número considerável.

Nesse ponto o legislador foi omissivo e abriu margem para interpretações diversas, já que precisaria quantificar o número de pessoas, e não deixar uma expressão.

Outra crítica pertinente é em relação ao parágrafo 3º, que novamente possui uma lacuna, e abre margem para subjetivismos, o que não deve ocorrer, posto que é necessário que exista parâmetros para o legislador aplicar sanções posto que poder aplicar desde perda de pontos até a exclusão de campeonatos, é uma linha de raciocínio muito ampla.

4.1 Análise de caso de racismo do futebol apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça Desportiva (STJD)

Antes da exposição de um caso de racismo no futebol apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça Desportiva (STJD), insta destacar que, no Brasil, a Justiça Desportiva é uma justiça administrativa, logo, não pertence ao Poder Judiciário (Observatório da discriminação racial no futebol, 2018, on line).

Trata-se, em verdade, de uma instituição de direito privado que detém interesse público, cuja função principal é resolver as questões de natureza desportiva definidas no CBJD, “formada por um conjunto de instâncias autônomas e independentes das entidades de administração do desporto” (Observatório da discriminação racial no futebol, 2018, on line).

Sua existência está prevista no artigo 217 da Constituição Federal de 1988 e sua organização é semelhante à dos órgãos do Poder Judiciário: “julga casos de acordo com denúncias realizadas por procuradores, tal qual fazem os promotores públicos” (Observatório da discriminação racial no futebol, 2018, on line).

A estrutura da Justiça Desportiva abarca o Superior Tribunal de Justiça Desportiva (STJD), órgão máximo atuante no âmbito nacional e estadual e os Tribunais de Justiça Desportiva (TJDs), que atuam em âmbito regional e municipal. “Internamente, o STJD e os TJDs são compostos pelo Pleno, Comissões Disciplinares e suas respectivas Procuradorias” (Observatório da discriminação racial no futebol, 2018, on line).

O caso que será objeto de análise do presente estudo foi o ocorrido no ano de 2022, mais precisamente no dia 17 de julho, na partida entre Brasil de Pelotas e Atlético Cearense pela série C do Brasileiro (STJD, 2022).

Um torcedor do Brasil de Pelotas teria praticado injúria racial contra o jogador do Atlético Cearense, Zé Carlos, ao lhe dirigir gestos racistas, como se estivesse imitando um macaco. Após o incidente, o jogador Zé Carlos procurou o árbitro e o relatou o ocorrido, o qual prontamente acionou a brigada militar para a identificação do torcedor do Brasil de Pelotas, que, ainda durante a partida, o retirou do estádio e o levou para a delegacia da cidade, tendo sua identificação confirmada mais tarde por Zé Carlos (STJD, 2022).

Em entrevista à Rádio e TV Xavante, que transmitiu a partida, o setor jurídico do Brasil de Pelotas assim se pronunciou acerca do caso:

Já houve a identificação do torcedor. O Brasil de Pelotas já fez a parte que incumbe a ele, identificou o torcedor, que foi retirado pela brigada. Foi tomada as providências do ponto de vista do que o Brasil de Pelotas pode fazer, e fez. Temos que ver como isso vai se desenrolar. Tem alguns detalhes formais que eu não quero adiantar aqui

agora, mas que têm que serem preenchidos e ainda não foram. Então vamos aguardar para ver por onde vai (o caso), porque esse tipo de delito é pessoal, então tem algumas coisas que são requisitos formais e que ainda não estão preenchidos (Mairton, 2022, p.56).

A procuradoria, então, denunciou o caso com base no artigo 243-G, o qual foi julgado em 19 de agosto pela 5ª Comissão Disciplinar do Superior Tribunal de Justiça Desportiva do Futebol que, por unanimidade, multou o clube em R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) e suspendeu o torcedor praticante da injúria racial por 730 dias do estádio (STJD, 2022).

Em 15 de Setembro de 2022, entretanto, o Brasil de Pelotas recorreu ao Pleno do Superior Tribunal de Justiça Desportiva (STJD), conseguindo reformar parcialmente a punição do clube. Por unanimidade de votos, os auditores do Pleno reduziram a multa para o patamar de R\$30.000,00 (trinta mil reais) e incluíram a obrigação de ações educacionais, sem oposição da Procuradoria (STJD, 2022).

Na justificativa do recurso do clube, o advogado do Brasil de Pelotas asseverou que:

O clube tem se posicionado no sentido de combater e não concorda com essa prática discriminatória. A identificação do torcedor foi feita pelo clube, a segurança do clube foi até lá, o torcedor foi levado e registrado Boletim de Ocorrência. O clube vem tomando atitudes no sentido de coibir esse tipo de comportamento com prevenção e repressão [...] (STJD, 2022).

O voto do relator, auditor Luiz Felipe Bulos, segue transcrito abaixo:

O pedido de excludente previsto no artigo 213 não deve prosperar e não se aplica ao artigo 243-G. A conduta praticada é inaceitável e não pode mais ser tolerada dentro e fora do campo de futebol. Não se pode também deixar de lembrar que o clube disputa a Série C. Nesse passo, mesmo considerando a gravidade da infração, entendo pela aplicação de R\$ 30 mil levando em conta que o clube não é primário e substituindo o restante da multa pelas condutas de efeito educativos com a obrigação de realizar ações e que sejam veiculados no telão do estádio antes do jogo e no intervalo campanhas com os principais atletas do clube contra o racismo” (STJD, 2022)

Nesse contexto, vale destacar a cristalina lição de Nascimento e Santos a respeito dos casos de injúria racial e racismo no futebol:

[...] os clubes, quando se deparam com algum caso de racismo, prontamente lançam notas de repúdio ao ocorrido. Entretanto, quando a punição os atinge, os clubes não a aceitam e recorrem às sanções definidas pela justiça, conseguindo a diminuição da pena. Constata-se a fragilidade das ações de combate ao racismo no futebol tomadas pelos clubes. A verdadeira mensagem deixada por eles é “ser contra o racismo até o momento que ele não me prejudique” (Nascimento; Santos, 2023, p. 15).

Nota-se, pelo caso exposto e pelos demais casos existentes e reconhecidos pela mídia, que o arcabouço jurídico acerca do racismo e injúria racial no futebol do Brasil carece de uma regulamentação robusta, dado que não confere, a um crime imprescritível e inafiançável, punições eficazes, porquanto os clubes, como restou demonstrado, quando multados, conseguem a minoração da pena pecuniária previamente estabelecida, denotando a debilidade do artigo 243-G do CBJD.

5 CONCLUSÃO

O futebol é um dos esportes mais populares do mundo, devido a sua enorme base de fãs desempenha um papel significativo na cultura, lazer, diversão, saúde e economia em muitos países. Mas este esporte coletivo jogado entre duas equipes de onze jogadores cada, com o objetivo de marcar gols ao colocar a bola no gol adversário também padece por atos que trazem dor e sofrimento à inúmeras pessoas que são discriminadas por sua raça.

São os denominados atos racistas, que refletem a segregação de séculos atrás que lastimavelmente ainda perduram nos dias de hoje, apesar inclusive da proibição dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Para o artigo 4º, inciso VIII da Constituição, o racismo é considerado crime no ordenamento jurídico brasileiro, tipificado no artigo 140 do Código Penal, também sendo regulamentado em legislação própria, Lei n. 7.716/89, que versa sobre os crimes resultantes de preconceito de raça e de cor e, recentemente a Lei n.14.532/2023 que equipara a injúria racial ao crime de racismo, tornando a pena ainda mais severa.

Esse tipo de acontecimento diverge totalmente da alegria que o futebol no Brasil deve trazer, transgredindo dessa forma de todo o preceito fundamental que a Constituição brasileira defende, em especial pelo princípio da igualdade que implica que todas as pessoas, independentemente de sua raça, gênero, religião, origem étnica, orientação sexual ou outras características pessoais, devem ser tratadas de maneira justa e igualitária perante a lei e a própria sociedade.

Esse estudo buscou elucidar os frequentes casos de racismos no ambiente esportivo, apesar da existência do direito desportivo no Brasil que regulamenta a organização de eventos esportivos, contratos de atletas, antidoping, violações disciplinares, direitos de transmissão, questões trabalhistas no âmbito esportivo, entre outros. Especificamente, a fragilidade do Código de Direito Desportivo Brasileiro, em seu artigo 243-G que trata das sanções para casos

de discriminação no âmbito esportivo, que estabelece penalidades tanto para o clube quanto para o torcedor, a pena estabelece multa, suspensão e até mesmo perda de pontos na competição.

Dados do Relatório Anual da Discriminação Racial no Futebol demonstram que os casos de racismo nos estádios têm aumentado ano a ano, o que evidencia a necessidade premente de aplicar penas de cunho sancionatório e pedagógico, visando “desencorajar” a prática desses atos abomináveis.

Analisando o papel da Justiça Desportiva levantou-se algumas questões sobre a eficácia do artigo 243-G, já que para este estudo não foi encontrado nenhum caso no Tribunal de Justiça Desportiva, em que houvesse a aplicação da pena de perda de pontos do clube que tenha praticado atos de racismo. Portanto, destacou-se a necessidade de que as penalidades sejam aplicadas de forma mais rigorosa, reiterando a perda de pontos, pois afetando diretamente o desempenho do clube na competição iria coibir de maneira mais eficaz, é preciso aplicar penalidades que causam impactos nos torcedores, pois afetando diretamente o clube iria desmotivar e até mesmo uma certa repressão dos próprios torcedores contra atitudes racistas temendo prejudicar o clube na competição.

Em suma, o estudo demonstrou a complexibilidade e desafios na luta contra o racismo no futebol, desde as lacunas na legislação, postura de clubes e federações até a ineficácia das penalidades aplicadas, contribuindo desta forma para uma maior reflexão sobre como deve ser o ambiente esportivo inclusivo, com paz e respeito nos estádios de futebol.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, A.A. **Racismo Estrutural no futebol e a justiça desportiva**. Disponível em: <http://blogs.unigranrio.br/bibliotecavirtual/files/2021/01/Racismo-estrutural-no-futebol-e-a-Justica-Desportiva.pdf>. Acesso em 29 jul. 2024

Árbitro cita na súmula relato de injúria racial de torcedor do Brasil de Pelotas a jogador do Atlético-CE. **GLOBO ESPORTE**, 17 jul. 2022. Disponível em: <https://ge.globo.com/rs/futebol/brasileirao-serie-c/noticia/2022/07/17/arbitro-cita-na-sumula-relato-de-injuria-racial-de-torcedor-do-brasil-de-pelotas-a-jogador-do-atletico-ce.ghml>. Acesso em: 08 jul. 2024.

BARROSO, L. R.; OSORIO, A. “Sabe com quem está falando?”: Notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo. **Revista Direito e Práxis**, [s.l.], v. 7, n. 1, p. 204-232, mar. 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/21094>. Acesso em: 28 jul. 2024.

BRASIL. **Código Brasileiro de Justiça Desportiva**. São Paulo: IOB, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 27 jul. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça Desportiva, TSJD. **Brasil de Pelotas punido por injúria racial**. 19 ago. 2022. Disponível em: <https://www.stjd.org.br/noticias/brasil-de-pelotas-punido-por-injuria-racial?csrt=2965086400061658413> Acesso em: 08 jul. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça Desportiva, TSJD. **Brasil de Pelotas: Multa reduzida e acrescida medida educacional**. 15 set. 2022. Disponível em: <https://www.stjd.org.br/noticias/brasil-de-pelotas-multa-reduzida-e-acrescida-medida-educacional?csrt=2965086400061658413> Acesso em: 08 jul. 2024

DIMOULIS, D. **Direito de Igualdade Antidiscriminação, Minorias Sociais, Remédios Constitucionais**. Curitiba, Editora Almeidina. 2021.

FERNANDES, A. B. de M.; MELO, K. S. Racismo e futebol: a atuação da Justiça Desportiva nos casos raciais no esporte. **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas**, Ipatinga, v. 1, n.2, p. 1-16, 2023. Disponível em: <http://www.fadipa.educacao.ws/ojs-2.3.3-3/index.php/cjuridicas/article/view/516/pdf> Acesso em: 30 jul. 2024.

FREIRE, D. G.; MORAIS, R. M.R. M. M. de. Responsabilidade dos clubes desportivos por atos de discriminação praticados por seus torcedores. **Revista de Estudos Jurídicos** do UNIRN, Natal, n. 6, p. 661–690, 2023. Disponível em: <http://www.revistas.unirn.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/849>. Acesso em: 29 jul. 2024

LIMA, R.T. G. **Direito em jogo: a internormatividade da Lex Sportiva transnacional como meio de driblar o racismo no futebol**. 2020. 100 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de Brasília, Brasília, 2020. Disponível em: <http://www.realp.unb.br/jspui/handle/10482/39885> Acesso em: 30 jul. 2024.

MAIA, M. A. S. **A importância do tribunal de justiça desportiva especial no desenvolvimento do esporte em Goiás**. 2022. 36f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito), Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2022. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/4100> Acesso em: 30 jul. 2024.

MAIRTON, P. **Jogador do Atlético-CE relata ter sofrido injúria racial em jogo pela Série C. O POVO**, 17 jul. 2022. Disponível em: <https://www.opovo.com.br/esportes/futebol/times/cearenses/2022/07/17/jogador-do-atletico-ce-diz-ter-sofrido-injurias-raciais-de-torcedor-em-partida-da-serie-c.html> Acesso em: 08 jul. 2024.

MELLO, C. A. B. de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 1978.

MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

NASCIMENTO, F.W. Á. do; SANTOS, A. A. dos. Entre chuteiras e racismo no futebol brasileiro: uma luta antirracista para além do campo de futebol. **Revista Em Favor de**

Igualdade Racial, [s. l.], v. 6, n. 1, p. 07–17, 2023. Disponível em: <https://periodicos.ufac.br/index.php/RFIR/article/view/6170>. Acesso em: 31 jul. 2024.

OBSERVATÓRIO DA DISCRIMINAÇÃO RACIAL NO FUTEBOL, 09 maio 2018. Disponível em: <https://observatorioracialfutebol.com.br/legislacao/casos-de-racismo-punidos-pela-justica-desportiva/> Acesso em: 31 jul. 2024.

OBSERVATÓRIO DA DISCRIMINAÇÃO RACIAL NO FUTEBOL. RELATÓRIO ANUAL DA DISCRIMINAÇÃO RACIAL NO FUTEBOL DE 2021. Porto Alegre: Museu da UFRGS, 2022.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620490. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620490/>. Acesso em: 10 nov. 2023.

SILVA, L. C. V. da. **As infrações disciplinares no novo Código Brasileiro de Justiça Desportiva**. 2010. 31f. Monografia (Especialização em Direito Desportivo), Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k215046.pdf Acesso em: 29 jul. 2024.

A CULTURA DO RESPEITO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS, O ENSINO JURÍDICO E O CURSO DE DIREITO DA FAFRAM

LOURENÇO, Pedro Caetano Dias¹

SOUZA, Vitor Arthur de Paula²

ISSUE DOI: 10.3738/1982.2278.4583

RESUMO: Após a promulgação do Código de Processo Civil em 2015, ou seja, há exatos 10 anos, houve no cenário jurídico brasileiro uma verdadeira mudança de paradigmas acerca das principais fontes do direito, passando o direito jurisprudencial a ser devidamente valorizado e invocado como fonte primária do direito, além do direito positivo. Tal fenômeno, retrata a realidade de aproximação dos sistemas jurídicos da *civil law* e da *common law*, vez que ambos os sistemas possuem como objetivo comum a promoção de segurança jurídica. O ensino jurídico no país possui suas vicissitudes históricas que culminaram na descentralização dos grandes centros e a pulverização do conhecimento jurídico em todo o território nacional. Nesse sentido, destaca-se o curso de Direito da FAFRAM como sendo uma das principais instituições no interior do país a proporcionar ensino jurídico de qualidade, em que o corpo docente preocupa-se não somente em ensinar o direito positivo, mas, sim, o direito jurisprudencial, visando, em última análise, a melhoria de atendimento da sociedade.

Palavras-chave: Precedente judicial. Ensino Jurídico. curso de Direito da FAFRAM. Cultura de respeito aos precedentes judiciais.

THE CULTURE OF RESPECT FOR JUDICIAL PRECEDENTS, LEGAL EDUCATION, AND THE LAW PROGRAM AT FAFRAM

SUMMARY: After the enactment of the Code of Civil Procedure in 2015, exactly 10 years ago, the Brazilian legal landscape underwent a true paradigm shift regarding the main sources of law. Jurisprudential law began to be properly valued and invoked as a primary source of law, alongside statutory law. This phenomenon reflects the growing convergence of the civil law and common law systems, as both share the common goal of promoting legal certainty. Legal education in Brazil has its historical vicissitudes, which have led to the decentralization of major legal hubs and the widespread dissemination of legal knowledge across the country. In this context, the Law program at FAFRAM stands out as one of the leading institutions in the interior of the country, providing high-quality legal education. The faculty is committed not only to teaching statutory law but also to emphasizing jurisprudential law, ultimately aiming to enhance the legal system's service to society.

Keywords: Judicial Precedent. Legal Education. FAFRAM Law Program. Culture of Respect for Judicial Precedents.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade abordar a convergência entre os seguintes elementos fáticos, históricos e culturais: (i) criação dos cursos jurídicos, (ii) criação do curso de Direito da FAFRAM, (iii) o papel do ensino jurídico, (iv) a relevância dos 10 (dez) anos Código de Processo Civil na valorização do direito jurisprudencial e (iv) a formação de uma

¹ Mestre em direito pela Universidade de São Paulo – USP. Docente na Faculdade Dr. Francisco Maeda – FAFRAM/SP desde 2024. Advogado.

² Discente em direito na Faculdade Dr. Francisco Maeda – FAFRAM/SP.

cultura de respeito aos precedentes judiciais.

Ao final, o presente artigo almeja concluir a importância do ensino jurídico do curso de Direito da FAFRAM na formação da cultura de respeito aos precedentes, seja no âmbito regional, seja no nacional, proporcionando maior previsibilidade do direito aplicável aos casos concretos.

Pois bem, o marco legal da criação dos cursos jurídicos no Brasil (cidades de São Paulo e Olinda), deu-se por meio do Decreto de 11 de agosto de 1827 do então Imperador Dom Pedro I, sendo certo que a abertura das Faculdades de Direito foi fundamental para dar garantia jurídica e intelectual ao Brasil, formando-se gerações de juristas responsáveis pelas criações legislativas e por operar a máquina estatal, sem considerar o incontável número de profissionais do direito (advogados, parlamentares, estadistas e magistrados) (USP, 2025).

Igualmente, a nível regional, com a finalidade de promover maior acesso ao ensino jurídico qualificado no país, longe dos grandes centros urbanos, exsurge na região norte do estado de São Paulo, o curso de Direito da Faculdade de Dr. Francisco Maeda (FAFRAM), iniciado em 2004, tendo formado mais de 1.000 alunos com excelência acadêmica e aptidão técnica para exercício das mais diversas carreiras jurídicas (O Progresso De Ituverava, 2024).

No decorrer de todos esses anos, não há menor dúvida de que o estudo do Direito desenvolveu-se em sua essência máxima pelo exame do direito positivo, ou seja, da legislação em vigor, eis que o sistema brasileiro possui sua tradição no sistema romano-germânico (*civil law*), enquanto em outros países (*e. g.* Reino Unido) o sistema jurídico é inspirado na tradição anglo-saxônica (*common law*).

A principal diferença sistêmica é que nos países da primeira tradição (romanística), a fonte primária do Direito encontra-se consubstanciada no respeito à *lei*, enquanto na segunda tradição (anglo-saxônica), a fonte primária do Direito no respeito aos *costumes* (Reale, 2009).

A despeito da dicotomia entre os sistemas, é pacífico na mais abalizada doutrina acadêmica que há uma nítida aproximação entre eles, em decorrência do objetivo comum, qual seja, proporcionar maior *previsibilidade e segurança jurídica*.

Logo, os sistemas de *civil law* buscam cada vez mais valorizar a força do direito jurisprudencial, enquanto os sistemas de *common law* almejam obter a segurança proporcionada pela legislação (Wambier, 2012).

Diante desse cenário, há exatos 10 anos, em 16 março de 2015, o vigente Código de Processo Civil foi promulgado, sendo inexorável a sua influência na experiência jurídica brasileira, podendo se afirmar que houve uma verdadeira mudança paradigmática na cultura

jurídica do Brasil, dentre outras emblemáticas alterações, valorizou-se sobremaneira a força do direito jurisprudencial (arts. 926 e seguintes do Código de Processo Civil) (Brasil, 2015).

Isto é, mediante a alteração do direito positivo – legislação processual – enraizou-se na cultura jurídica brasileira (de tradição *civil law*) o dever de respeito aos precedentes judiciais (notadamente de tradição da *common law*).

Assim, os elementos fáticos supra narrados possuem vicissitudes históricas que se complementam e convergem, necessitando de um amplo exame, sendo esta a proposta do presente artigo.

A metodologia utilizada é revisão bibliográfica crítica, com uso de artigos científicos, leis e reportagens.

2 A VALORIZAÇÃO DO DIREITO JURISPRUDENCIAL: 10 ANOS DA PROMULGAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Há exatos 10 anos, promulgou-se no Brasil o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) (Brasil, 2015), sendo inafastável a *valorização do direito jurisprudencial*, abandonando-se apenas sua qualidade persuasiva (*persuasive authority*) dos precedentes e passando a ostentar aspectos vinculantes (*binding authority*), conforme se extrai das hipóteses do art. 927 do Código de Processo Civil.

Hodiernamente, ainda verifica-se no direito pátrio a discricionariedade dos magistrados em julgar determinados casos em notória desconformidade com os precedentes judiciais (julgamento de teses) firmados pelos Tribunais de Superposição (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), assim como advogados patrocinarem demandas contrárias aos precedentes judiciais – sem a devida distinção (*distinguishing*) - apenas para validarem o seus próprios interesses econômicos e, muitas vezes, o ego dos seus clientes.

Inarredável, portanto, que esta postura “rebelde” dos magistrados e advogados gera insegurança jurídica aos jurisdicionados e a ausência de previsibilidade e credibilidade do Poder Judiciário.

Ademais, nos domínios dos próprios Tribunais Superiores (*intramuros*), cujo papel precípua é uniformização da interpretação e a aplicação do direito (função nomofilática), é possível encontrar julgados em desconformidade com o precedente fixado pela mesma Corte.

Em outras palavras, ante a uma verdadeira instabilidade da jurisprudência, em 2015, o legislador processual houve por bem positivar regras em favor da *estabilidade, integridade e coerência* do direito jurisprudencial, de modo a evitar que casos iguais sejam julgados de modo

distinto.

Afinal, em uma república, cujo Poder Judiciário é uno, não se pode admitir que situações idênticas ou análogas, sejam decididas de maneira totalmente diferente, em violação do princípio da isonomia.

Por outro lado, é de conhecimento comum que a promulgação do Código de Processo Civil em 2015 também almejou a diminuição de processos em tramitação perante o Poder Judiciário, vez que a sobrecarga dos Tribunais Superiores impede e obstaculiza o exercício essencial da função nomofilática.

Pois bem, a busca por *previsibilidade* tanto no sistema da *common law* e como *civil law* é um objetivo comum.

No sistema *common law* isto se fez sempre de maneira natural, uma verdadeira continuação histórica, em que as experiências foram desenvolvidas e a sabedoria acumulada em séculos foi aprofundada. Em países, como a Inglaterra, os “casos” são tidos como fontes do direito. Nesse sentido, foi desenvolvido um processo de confiança nos precedentes, em que os juízes declaram um direito pré-existente (Wambier, 2012).

Neste modelo político-jurídico, ainda que haja gradual aproximação ao sistema do *civil law* com a feitura de códigos e diante da produção de normas pelo Poder Legislativo, ainda a base dos pedidos e dos julgamentos são definitivamente os precedentes e o estudo dos casos (Camargo, 2012).

A aproximação dos sistemas e a crescente mitigação das tradicionais diferenças, decorrem certamente da globalização, este fenômeno é perceptível ao analisar o aumento da codificação que países tradicionalmente do *common law* têm por exemplo, o Código de Processo Civil da Inglaterra, assim como nos Estados Unidos há codificações e leis da Federação e dos Estados-membros (Leonel, 2011).

No Brasil, por sua vez, país tradicionalmente *civil law* houve ao longo dos tempos vários exemplos desse fenômeno, são eles: (i) o controle de constitucionalidade; (ii) o processo coletivo; e (iii) a valorização dos precedentes (Leonel, 2011).

O neoconstitucionalismo, tendo como principal bandeira, a eficácia e a defesa dos direitos fundamentais, constituiu como importante fenômeno teórico que contribuiu também para a aproximação destes sistemas, uma vez que em ambos os sistemas preocupam-se com a eficácia de tais direitos e do Estado Democrático de Direito, aproximando os sistemas para solução dos problemas comuns (Macêdo, 2015).

Enfim, o intercâmbio cultural entre os juristas de cada sistema e as trocas de informações

quanto às dificuldades de cada realidade, são fatores que obrigam cada sistema a buscar respostas e soluções para superar as deficiências com o escopo de garantir maior coerência e segurança aos jurisdicionados.

Logo, todos os fatores reforçam a necessidade prática da utilização de precedentes em qualquer um dos sistemas, seja *civil law* e *common law* (Tucci, 2012).

No que concerne ao direito brasileiro, há fortes indícios de aproximação sistêmica, mas em relação ao fortalecimento de valorização dos precedentes judiciais, é imperioso indicar que antes mesmo da vigência do Código de Processo Civil de 2015, sob a égide do revogado diploma processual havia as seguintes hipóteses que evidenciam o fenômeno da aproximação: (i) a possibilidade do julgamento liminar pela improcedência em causas repetitivas (art. 285-A do Código de Processo Civil/1973); (ii) a possibilidade de o relator negar ou dar provimento a recurso, quando o recurso for contrário ou conforme a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal Superior (art. 557 do CPC/1973); (iii) incidente de uniformização de jurisprudência; súmula vinculante (art. 103-A, Constituição da República de 1988); (iv) a reclamação constitucional contra decisão ou ato administrativo contrário a súmula vinculante; (v) eficácia vinculante das decisões em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Feito esses breves, conquanto necessários, apontamentos acerca da aproximação dos diferentes sistemas de direito, resulta inquestionável que com a promulgação do Código de Processo Civil em 2015, os *precedentes judiciais* passaram a possuir uma outra importância na seara acadêmica e profissional, de modo muito mais expressivo.

A interpretação da lei escrita e a sua adequação ao caso concreto, as motivações de determinada decisão judicial, são verdadeiras formas de extrair o direito aplicável à espécie, motivo este que qualquer operador do Direito precisa entender como as Cortes decidem ou já decidiram sobre determinada *quaestio iuris*, isto é, precisa ter subsídios mínimos quanto à previsibilidade de solução do caso concreto que examina e aprenderem a interpretar os precedentes judiciais.

No Brasil, relevante é o papel dos Tribunais Superiores no aperfeiçoamento de sua comum função nomofilática, preservando a estabilidade das decisões judiciais, de modo a garantir a maior credibilidade dos cidadãos no Poder Judiciário, já que aqueles confiaram na tutela jurisdicional como forma de prestação de justiça.

Ademais, ante a existência de um expressivo número de tribunais, a formação de uma cultura de respeito aos precedentes judiciais se mostra verdadeira solução para evitar a

conhecida *instabilidade*, ou seja, decisões conflitantes que ferem o princípio da isonomia e acarreta a insegurança jurídica.

Trilhando essa linha de raciocínio, há tempos vivemos uma verdadeira guinada em prol do fortalecimento da jurisprudência, a fim de assegurar a compatibilidade dos julgados.

Evidentemente, o resultado dessa guinada encontra-se exemplificada no promulgado Código de Processo Civil de 2015 que há 10 anos vem realizando uma verdadeira transformação na cultura jurídica do país.

A título de exemplificação, desde a promulgação do diploma processual, o Superior Tribunal de Justiça criou uma comissão gestora de precedentes judiciais, de modo a mapear os casos emblemáticos e repetitivos, a fim de fixarem teses jurídicas a serem replicadas em casos idênticos.

A gestão de precedentes foi dimensionada em todos os principais tribunais brasileiros, vez que, sem organização, não há como selecionar os casos paradigmáticos, racionalizar a atividade judiciária e gerar precedentes qualificados para serem aplicados nos casos idênticos (Vital, 2024).

Em exato senso, no que se refere ao ensino jurídico no Brasil, com a promulgação da nova legislação processual, não há menor dúvida de que o ensino jurídico alterou – ou deveria ser alterado e complementado – pelas várias instituições de ensino superior no país.

O mero ensinamento sobre as metodologias de exegese e das disposições codificadas não são mais suficientes para formar de modo completo um profissional do Direito que irá atuar no cotidiano forense, eis que agora, mais do que nunca, o estudante de Direito deve saber interpretar a lei, assim como examinar um precedente judicial, diferenciando, por exemplo, aquilo que se trata de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, para poder orientar o jurisdicionado e aplicar o direito ao caso concreto.

Diante desse panorama, conforme será exposto mais adiante, é que se encontra o atual estágio do ensino jurídico no país e é o que se preza nas salas de aula do curso de Direito da FAFRAM com a finalidade de formar profissionais capacitados para o exercício das diversas carreiras jurídicas.

Se no ambiente acadêmico não se fomentar o respeito aos precedentes judiciais vinculantes, tal como se ensina o respeito às leis, ainda a sociedade demorará mais algumas décadas para se conscientizar acerca da necessidade em se respeitar o direito jurisprudencial, ocasionando insegurança jurídica e sobrecarga do Poder Judiciário, ante a insistência em casos desprovidos de amparo jurisprudencial.

3 ENSINO JURÍDICO NO BRASIL E O CURSO DE DIREITO DA FAFRAM

No que diz respeito ao ensino jurídico, é necessário ponderar que ensino de Direito em terras nacionais teve seu início de modo tardio, ante a inequívoca dependência com antiga metrópole, Portugal.

Tanto é assim que vários juristas, intelectuais e literários estudaram na Faculdade de Direito de Coimbra e retornaram ao Brasil para disseminarem o conhecimento jurídico por meio de seus trabalhos e publicações.

À exemplo, José Bonifácio de Andrada e Silva, considerado como patriarca da Independência do Brasil, estudou Direito em Portugal, sendo inarredável a sua importância tanto para brasileiros, quanto para os lusitanos, durante esse crucial momento da história de ambos os países: a Independência do Brasil.

Para se ter uma mostra da importância do mencionado jurista brasileiro, recentemente, foi inaugurada Cátedra José Bonifácio de Andrada e Silva na Faculdade de Direito de Coimbra, especializada em direito brasileiro (Ordem Dos Advogados Do Brasil, 2023).

Impulsionados, evidentemente, pelo movimento de independência e da necessidade de promover a disseminação do conhecimento jurídico em terras brasileiras, D. Pedro I, em 1827 decretou a Lei de 11 de agosto, com o objetivo de criar dois cursos jurídicos (São Paulo e Olinda).

No entanto, com o retorno de D. Pedro I a Portugal, todo o construído até então se fragilizou, retornando o ensino jurídico a um estado mais embrionário.

Isso porque, cada instituição possuía cursos isolados e estagnados em pequenos núcleos, havendo apenas comunicação entre as os cargos de gerência das instituições, o que, além de dificultar a difusão do conhecimento entre os discentes e os docentes, também limitava com que houvesse real desenvolvimento da técnica jurídica, mormente, porque, o saber permanecia represado nas cúpulas intitucionais e elitizadas (Bove, 1996, p. 6).

Seja como for, com o desenvolvimento industrial e tecnológico, após a revolução constitucionalista de 1932, o ensino jurídico tornou-se mais acessível. Tal movimento, culminou em maior capilaridade de instituições geograficamente e a pulverização do conhecimento na sociedade (Bove, 1996, p. 6).

Assim, em um determinado momento da história do Brasil, o estudo jurídico se mantinha distante da realidade da população que vivia longe dos grandes centros.

Após a proliferação de instituições, o ensino jurídico passou a tratar de temas comuns ao cidadão.

Nesse sentido, nas décadas subsequentes, a academia jurídica passou de apenas um estandarte de regras verticais e positivas, na qual, deveria-se apenas contemplar o conhecimento logicamente correto, para uma construção dialética com a sociedade do que seria o melhor direito sobre os temas da vida comum, havendo uma maior reflexão crítica.

Logo, as próprias concepções de ensino e aprendizagem no ensino superior se adaptaram a fim de que se construísse uma verdadeira ponte entre a academia e a sociedade.

Observa-se, ainda, que a entrada da sociedade pelos portões das instituições de ensino superior proporcionou grandes benefícios para ambas as partes, eis que o Direito é uma ciência humana viva, estruturada como *fato*, *valor* e *norma* (Reale, 2009, p. 60-64).

Daí porque, percebe-se que as atividades intra e extramuros de qualquer curso de Direito atual deve estar também em sintonia com os principais anseios da sociedade, ou seja, o curso de Direito não pode deixar de examinar os principais movimentos e acontecimentos da sociedade.

Voltando, pois, os “olhares” ao festejado curso de Direito da Faculdade Doutor Francisco Maeda, FAFRAM, o início oficial da primeira turma deu-se em 2004 e, a partir de então, a sociedade local e regional sofreu uma benéfica evolução, eis que a FAFRAM encontra-se inserida topograficamente no meio do principal setor econômico nacional (agronegócio) e seu curso de Direito também encontra-se integrado a outros cursos, igualmente, relevantes, tais como: engenharia agrônoma, medicina veterinária, enfermagem e sistemas de informação.

Com efeito, não há menor dúvida de que as gerações de profissionais formados tiveram o privilégio de conhecer e dialogar com outros profissionais de ramos distintos e, até mesmo, a oportunidade de ingressarem em outros cursos concomitantemente, a fim de se aprimorarem ao mercado de trabalho.

Aliás, é comum no corpo discente do curso de Direito da FAFRAM, existirem alunos de outros ramos (como, por exemplo, engenharia agrônoma, enfermagem), os quais ingressaram nas cadeiras do curso jurídico com a finalidade de conhecerem melhor todo arcabouço da ciência do Direito e como se estrutura Estado Democrático Brasileiro.

Na mesma linha, há professores do curso de Direito que possuem também outra graduação e contribuem diuturnamente pela interdisciplinariedade da ciência jurídica, como, por exemplo, direito e agronomia.

Pois bem, é essa a importância do ensino jurídico, preparar e formar operadores do Direito que saibam efetivamente examinar os casos concretos à luz do Direito vigente, prevenindo e solucionando conflitos de interesses.

Logo, ao lado do estudo da legislação e da doutrina, os discentes da FAFRAM são forçados – na acepção mais benéfica possível – a se aprofundarem no conhecimento da jurisprudência consolidada no âmbito dos Tribunais Superiores, responsáveis pela uniformização e interpretação do Direito.

À toda evidência, é essa a importância do curso de Direito da FAFRAM, sedimentar não apenas o conhecimento e exegese dos códigos, mas de princípios republicanos que confirmam maior *estabilidade, integridade e coerência* do direito jurisprudencial, fomentando o exame dos precedentes judiciais e formação de uma cultura de respeito aos precedentes judiciais (cf. art. 926 do Código de Processo Civil) (Brasil, 2015).

Melhor dizendo, apenas um ensino teórico e prático, voltado para além da mera análise do direito positivo, é capaz de proporcionar a formação de um estudante de Direito extremamente completo e habilitado para os desafios que a vida forense irá lhe impor, é essa a realidade que o curso de Direito da FAFRAM vem se consolidando.

Desde seu início, pode-se observar que, o curso de Direito, ao longo de duas décadas de plena atividade, zelou pela formação prática e comprometida com a sociedade regional e nacional.

Ao ensejo da primeira metade da vida do curso de Direito da FAFRAM, ou seja, há exatos 10 (dez) anos, restou também promulgado no Brasil o então Novo Código de Processo Civil, responsável por se tornar o marco legal daquilo que a doutrina atualmente denomina como “Sistema Brasileiro de Precedentes” (Mancuso, 2019).

A mudança ocasionada pelos novos paradigmas do Código de Processo Civil de 2015, gerou uma necessária preocupação do corpo docente em orientar e atualizar o estudante de Direito a sempre consultar e a respeitar a principal e mais atual jurisprudência consolidada sobre determinado tema ou questão de direito.

Isso porque, o profissional do Direito não pode mais meramente “litigar por litigar” ou mesmo incentivar o seu cliente a seguir em uma verdadeira “aventura jurídica”, quando há entendimento jurisprudencial pacífico em sentido contrário ao interesse do jurisdicionado.

É possível examinar, portanto, que é esse o escopo do próprio Projeto Pedagógico institucional da FAFRAM, principalmente, quando os estudantes de Direito vão ao atendimento direto ao público (FAFRAM: DIREITO NA PRAÇA) (O Progresso De Ituverava, 2024), de modo que a instrução adequada pressupõe tanto o conhecimento técnico do direito positivo, como também do direito jurisprudencial.

Em outras palavras, a relação entre o desenvolvimento das ciências jurídicas

necessariamente perpassam pelo contato próximo e contínuo com a sociedade civil, razão pela qual ao se difundir o conhecimento técnico e jurídico, o estudante de Direito da FAFRAM possui o dever inabalável de se atentar, não somente a lei, mas, principalmente, a sua melhor e mais eficaz interpretação que pode ser aferida pelo exame dos precedentes judiciais vinculantes – ou ainda não vinculantes, mas majoritários - que já norteiam o ordenamento jurídico brasileiro (art. 927 do Código de Processo Civil).

Conforme exposto anteriormente, já foram formados mais de 1.000 alunos e mais de 300 ainda são discentes no curso de Direito, dados numéricos esses que podem ser muitas vezes multiplicados ao se computar quantos jurisdicionados já foram afetados por essas gerações de juristas oriundos dos bancos do curso de Direito da FAFRAM (O Progresso De Ituverava, 2024).

Seguindo esse raciocínio, é possível concluir que há um rico e vasto ambiente inserido no norte do estado de São Paulo, em que o qualificado e livre pensar do Direito, promovido pela simbiose entre o corpo discente e docente da FAFRAM ocasiona uma melhora significativa da sociedade com a pacificação legal de conflitos e fomenta a cultura de respeito aos precedentes judiciais ainda em locais mais longínquos dos grandes centros urbanos.

Assim, em consonância com a própria gênese da FAFRAM, o ensino jurídico aplicado no curso de Direito descortina-se como um dos agentes contribuidores para a constante aperfeiçoamento da sociedade local e da formação da cultura de respeito aos precedentes judiciais a nível nacional.

Conforme já mencionado, a FAFRAM sempre demonstrou grande atenção com a formação prática e social. Tais valores são extraídos do próprio Regimento Interno da instituição, se não vejamos, os seguintes itens artigo 5º, VI, VII, VIII e IX, textual:

“VI - Estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente, em particular os nacionais e regionais, prestar serviços especializados à comunidade e estabelecer com esta uma relação de reciprocidade;

VII - Promover a extensão, aberta à participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição; e

VIII - Estimular a investigação dos problemas do mundo presente, em particular os nacionais e regionais, prestando serviços educacionais e assessorias, estimulando parcerias com a comunidade, estabelecendo relações para o desenvolvimento da sociedade.

IX - Formar profissionais qualificados, segundo as tendências da política, pedagogia e da filosofia, que tenham domínio das diferentes tendências teóricas-metodológicas, para atuarem no Ensino Fundamental e na Educação Infantil.” (FAFRAM, 2020)

No que diz respeito a cultura de precedentes, isso significa que, cada aluno e professor do curso de Direito da FAFRAM é estimulado a se tornar um agente de difusão de

conhecimentos e promotor da cultura do respeito aos precedentes jurisprudenciais.

Em deferência aos artigos 936 e 937 do Código de Civil Brasileiro, o curso de Direito também tem o papel de robustecer a cultura de precedentes judiciais. Haja vista que, os estudantes que lá estão farão parte do mercado de trabalho, enquanto profissionais do Direito.

Isto posto, claramente que, uma formação sólida e atual, provê ao formando habilidade para manusear os precedentes como uma ferramenta bastante capaz.

Assim cumprindo com os objetivos artigo 5º, VI, VII, VIII e IX do Regimento Interno e estimulando o desenvolvimento social na microrregião da Alta Mogiana, aproximando os precedentes judiciais da população.

O papel do ensino jurídico deve sempre se debruçar em capacitar profissionais para o futuro. Da mesma forma que SAID FILHO, 2019, afirma que a os cursos de Direito interferem na estruturação de poderes do Estado, é possível identificar que o curso de Direito da FAFRAM é um polo de conhecimento regional.

Sendo assim, não pode haver dúvidas sobre a imensa importância dos seus 20 anos de existência. São 20 anos de capacitação de profissionais que ativamente agiram para o desenvolvimento regional, além de disseminar o conhecimento jurídico.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a promulgação do Código de Processo Civil em 2015, a valorização dos precedentes judiciais tornou-se uma realidade incontestada da qual, os operadores do Direito não podem ignorar, decorrente até mesmo do fenômeno de aproximação dos sistemas jurídicos da *civil law* e *common law*, os quais, em última análise, possuem o objetivo comum de combaterem a *insegurança jurídica*.

As vicissitudes históricas do ensino jurídico do país apontam que há sempre uma necessidade em se formar profissionais que possuem habilidades de atenderem os anseios da sociedade de uma maneira técnica e eficaz, seja em qual localização territorial que for.

O conhecimento das principais fontes, metodologias de interpretação e aplicação do direito são ferramentas fulcrais ao operador do Direito que um dia irá se tornar um elo entre o sistema jurídico e o jurisdicionado.

Nesse sentido, os elementos históricos e fáticos narrados no presente artigo possuem uma notável correlação e convergência, qual seja, a relevância da qualidade do ensino jurídico impactará diretamente na qualidade em que os jurisdicionados compreenderão também o

sistema jurídico no qual estão inseridos.

Isto é, o ensino jurídico não pode se restringir a mera leitura e interpretação dos textos legais presentes nos códigos e legislações esparsas, mas, sim, interpretar e conhecer os principais precedentes judiciais (vinculantes ou não) que devem orientar a atuação profissional.

É exatamente esse o cenário que tem se verificado na experiência acadêmica do ensino jurídico do curso de Direito da FAFRAM, tendo em vista que o corpo docente tem se preocupado em expor os principais entendimentos sedimentados na jurisprudência sobre um determinado tema jurídico, seja de natureza cível, penal, tributária, ambiental, administrativa e etc.

Além disso, nas salas de aula, nas disciplinas de Introdução ao Estudo do Direito e Hermenêutica Jurídica, as quais um dos autores do presente artigo tivera oportunidade de lecionar, há sempre aulas dedicadas a análise de votos, acórdãos e precedentes vinculantes, sendo expostas técnicas de interpretação.

A FAFRAM, portanto, demonstra grande importância e influência perante a sociedade, considerando que, enquanto corpo discente, os alunos atuam diretamente nas instituições de Estado, como estagiários, assessores em todos os mais diversos setores dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, também com atendimentos diretamente à sociedade e nos núcleos familiares.

De outro lado, os docentes da FAFRAM possuem o poder de influenciar diretamente gerações de juristas na formação da cultura de respeito aos precedentes judiciais, pois, enquanto profissionais do ensino jurídico, podem contemplar os precedentes judiciais como uma importante ferramenta nas salas de aula.

Conclui-se, portanto, que apenas com o avanço e melhoria do ensino jurídico em prol da melhor interpretação do direito jurisprudencial, é que se enraizará efetivamente a cultura de respeito aos precedentes judiciais, de modo a alcançar um dos escopos da legislação processual que comemora seu aniversário de 10 (dez) anos em 2025 que é a maior *segurança jurídica* e *previsibilidade* do Poder Judiciário, proporcionando aos jurisdicionados a mais absoluta confiança na Justiça.

REFERÊNCIAS

BOVE, L. A. **Uma visão histórica do ensino jurídico no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito, v. 3, n. 3, 1996. Disponível em: https://web.archive.org/web/20170922232714id_/http://www.bibliotekevirtual.org/revistas/M

etodista-SP/RCD/v03n03/v03n03a06.pdf. Acesso em: 11 mar. 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 11 mar. 2025.

CAMARGO, L. H. V. **A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro.** In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 559-604

FAFRAM. Faculdade Dr. Francisco Maeda. **Regimento Interno.** 12 ago. 2020. Disponível em: <https://fafram.com.br/media/attachments/2022/07/05/regimento-interno-fafram-12082020.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2025.

FAFRAM. **Plano de Desenvolvimento Institucional (PDI) 2022-2026.** 13 nov. 2023. Disponível em: <https://fafram.com.br/media/attachments/2023/11/13/pdi---fafram--2022-2026.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2025.

LEONEL, R. de B. **Reclamação Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MACÊDO, L. B. de. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil.** Salvador: JusPODIVM, 2015.

MANCUSO, R. de C. **Sistema Brasileiro de Precedentes: Natureza, Eficácia, Operacionalidade.** 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019. 735 p. ISBN 9788544228562

O PROGRESSO DE ITUVERAVA. **Direto da Fafram completa 20 anos de atividades.** O Progresso de Ituverava, 13 mar. 2024. Disponível em: https://oprogressodeituverava.com/2024/03/13/direto-da-fafram-completa-20-anos-de-atividades/?utm_source=chatgpt.com. Acesso em: 11 mar. 2025.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Faculdade de Coimbra inaugura cátedra especializada em direito brasileiro.** Disponível em: oab.org.br. Acesso em: 11 mar. 2025.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SAID FILHO, F. O ensino jurídico e a construção do Estado brasileiro pós-independência: das academias ao poder. 2019. **Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí**, v. 28, n. 51, p. 78-87, jan./jun. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Fernando-Said-Filho/publication/335073132_O_ENSINO_JURIDICO_E_A_CONSTRUCAO_DO_ESTADO_BRASILEIRO_POS_INDEPENDENCIA_DAS_ACADEMIAS_AO_PODER/links/5f242768299bf13404951771/O-ENSINO-JURIDICO-E-A-CONSTRUCAO-DO-ESTADO-BRASILEIRO-POS-INDEPENDENCIA-DAS-ACADEMIAS-AO-PODER.pdf. Acesso em: 11 mar. 2025

TUCCI, J. R. C. e. **Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial.** In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

USP. **Criação dos cursos jurídicos deu sustentação à independência do Brasil.** Faculdade de Direito da USP, 7 mar. 2025. Disponível em: <https://direito.usp.br/noticia/7689accb694f-criacao-dos-cursos-juridicos-deu-sustentacao-a-independencia-do-brasil-> . Acesso em: 11 mar. 2025.

VITAL, D. Gestão de precedentes completa 10 anos de transformações silenciosas no Brasil. **Consultor Jurídico**, 25 jun. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jun-25/gestao-de-precedentes-completa-10-anos-de-transformacoes-silenciosas-no-brasil/>. Acesso em: 11 mar. 2025.

WAMBIER, T. A. A. **Precedentes e evolução do direito.** In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

A LEGITIMIDADE DO DIREITO COMO INSTRUMENTO DE BUSCA POR JUSTIÇA SOCIAL: PERSPECTIVA DO ENSINO JURÍDICO BRASILEIRO

BARBOSA FILHO, Roberto Inácio¹

ISSUE DOI: 10.3738/1982.2278.4579

RESUMO: Na proposta central do presente artigo, buscou-se explorar o papel do direito, e do ensino jurídico, na busca por justiça social no Brasil. E para cumprir com o objetivo inicial, intenta-se compreender o processo histórico do Direito no último século, na perspectiva do ensino jurídico e da formação profissional, para então aprofundar-se na análise da legitimidade do direito como instrumento de busca por justiça social, a partir do enfoque no ensino jurídico.

Palavras-chave: Ensino Jurídico. Justiça Social. Formação Profissional. Legitimidade do Direito. História do Direito.

THE LEGITIMACY OF LAW AS AN INSTRUMENT IN THE PURSUIT OF SOCIAL JUSTICE: A PERSPECTIVE FROM BRAZILIAN LEGAL EDUCATION

SUMMARY: The central aim of this article is to explore the role of law and legal education in the pursuit of social justice in Brazil. To achieve this objective, the study seeks to understand the historical development of law over the past century, focusing on legal education and professional training. This foundation then allows for a deeper analysis of the legitimacy of law as an instrument in the quest for social justice, emphasizing the role of legal education.

Keywords: Legal Education. Social Justice. Professional Training. Legitimacy of Law. History of Law.

1 BREVE HISTÓRICO DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL

O processo histórico do Direito no Brasil possui alguns dilemas e problematizações, pois o ensino na realidade brasileira inaugura o ensino superior no país, período em que o privilégio de estudos estava consignado apenas a alguns detentores do poder econômico e da elite. No decorrer da história do ensino jurídico no Brasil, algumas reformas curriculares deram contorno ao formato praticado, bem como suas transformações desde os primeiros cursos até o advento das diretrizes curriculares nacionais na década de 1990.

Os cursos de Direito de São Paulo (inaugurado no Convento de São Francisco em 1828) e Olinda (Mosteiro de São Bento em 1828) surgiram através da Carta de Lei datada de 11 de agosto de 1827. Ao considerar ser importante o conhecimento da estrutura da norma de criação do primeiro curso no Brasil, destaca-se o primeiro artigo da Lei de criação (Brasil, 1827):

¹ Doutor em serviço social pela Universidade Júlio de Mesquita Filho – UNESP/SP. Diretor/Docente na Faculdade Dr. Francisco Maeda - FAFRAM desde 2015. Advogado.

“Criar-se-ão dous Cursos de sciencias jurídicas e sociais, um na cidade de S. Paulo, e outro na de Olinda, e nelles no espaço de cinco annos, e em nove cadeiras, se ensinarão as matérias seguintes:

1.º ANNO

1ª Cadeira. direito natural, publico, Analyse de Constituição do Império, direito das gentes, e diplomacia.

2.º ANNO

1ª Cadeira. Continuação das materias do anno antecedente.

2ª Cadeira. direito público ecclesiastico.

3.º ANNO

1ª Cadeira. direito patrio civil.

2ª Cadeira. direito patrio criminal com a theoria do processo criminal.

4.º ANNO

1ª Cadeira. Continuação do direito patrio civil.

2ª Cadeira. direito mercantil e marítimo.

5.º ANNO

1ª Cadeira. Economia politica.

2ª Cadeira. Theoria e pratica do processo adoptado pelas leis do Imperio.

Os legisladores partem do pressuposto e da necessidade de assegurar a liberdade e defender ideias e sentimentos nacionais. A predominância do espírito liberal justifica-se pela não mais aceitação por parte dos estudantes das imposições ideológicas de Coimbra². Desse modo, tem raízes profundas a ideia de que o território em frente às Arcadas do Largo de São Francisco em São Paulo é um território livre (Venosa, 2022).

A tradição da formação acadêmica na área do Direito ocorria preponderantemente na Universidade de Coimbra, o que refletiu inclusive no Brasil, uma vez que a proposta de criação de cursos jurídicos no país foi feita por José Feliciano Fernandes Pinheiro (formado em Direito por Coimbra), em 14 de junho de 1823. Em relação ao ensino do Direito no Império:

No Império, o ensino do Direito era totalmente controlado pelo governo central. Os cursos, embora localizados nas províncias, foram criados, mantidos e controlados de forma absolutamente centralizada. Esse controle abrangia recursos, currículo, metodologia de ensino, nomeação dos lentes e do diretor, definição dos programas de ensino e até dos livros adotados. Os movimentos para o surgimento do ensino jurídico no Brasil começaram obrigatoriamente pela Faculdade de Direito de Coimbra, em Portugal. Influenciados inicialmente pela Reforma Pombalina, no ensino jurídico, os estudantes brasileiros puderam acompanhar as transformações liberais da Faculdade de Direito de Coimbra, trazendo consigo essa bagagem cultural ao Brasil (Alves Neto, 2011, p. 77).

² Em Coimbra, a formação em Direito era um processo de socialização destinado a criar um senso de lealdade e obediência ao rei. Não há como negar a alienação que este modelo proporcionava aos bacharéis. Eles estudavam anos em Portugal, assimilavam toda a ideologia de lá, e depois vinham ao Brasil, aplicar o que aprenderam em Lisboa em uma realidade que desconheciam (Bittar, 2013).

Assim, tais estudantes ocupariam futuramente os cargos de relevância na estruturação do Estado Imperial brasileiro, bem como suas concepções político ideológicas liberais, recebidas na formação acadêmica na Universidade de Coimbra, que diretamente influenciaram as reivindicações dos currículos das primeiras escolas jurídicas brasileiras (Venâncio Filho, 1980). Pode-se dizer que a influência gerou consequências negativas no que se refere ao acesso à justiça, pois o chamado “bacharelismo da sociedade brasileira” passou a ser sinônimo de linguagem afetada, técnica, hermética, própria da intelectualidade jurídica brasileira, afastando o grande público da Justiça, como explica Venosa (2022).

Na mesma linha, Antônio Carlos Wolkmer (2000, p. 99) escreve:

Há que se fazer menção ao perfil dos bacharéis de Direito mediante alguns traços particulares e inconfundíveis. Ninguém melhor do que eles para usar e abusar do uso incontinente do palavreado pomposo, sofisticado e ritualístico. Não se pode deixar de chamar a atenção para o divórcio entre os reclamos mais imediatos das camadas populares do campo e das cidades e o proselitismo acrítico dos profissionais da lei que, valendo-se de um intelectualismo alienígena, inspirado em princípios advindos da cultura inglesa, francesa, ou alemã, ocultavam, sob o manto da neutralidade e da moderação política, a institucionalidade de um espaço marcado por privilégios econômicos e profundas desigualdades sociais.

Outro marco histórico importante ocorreu em meados da década de 1850, quando o curso de Olinda foi transferido para a cidade de Recife, tornando-se parte do cenário intelectual, pois a Faculdade de Direito do Recife, desde os seus primeiros anos de existência, atuava não apenas como um centro de formação de bacharéis, mas, principalmente, como escola de Filosofia, Ciências e Letras, tornando-se célebre pelas discussões e polêmicas que empolgavam a sociedade da época, e onde teve início “o movimento intelectual poético, crítico, filosófico, sociológico, e jurídico conhecido como a Escola do Recife” (Gaspar, 2009).

Apesar disso, a tendência liberal é mantida na estrutura curricular que a época demandava de um direito de cunho eminentemente privatista. O positivismo jurídico ganha relevo e reflete no currículo um conjunto de características e saberes dogmáticos, como explica Reale (2009).

Ao mesmo tempo, a sociedade civil pressiona para o enfrentamento ao monopólio da formação do Direito por parte das duas grandes instituições de formação, despertando no Estado a reforma educacional do ensino jurídico. Os dois cursos de Direito existentes deixaram de ser monopólio e passou-se a permitir a criação de novas faculdades de Direito (Venâncio Filho, 1980), como também demonstra Bastos (2000, p. 2):

Os documentos e debates parlamentares utilizados no desenvolvimento deste trabalho mostram que o objetivo inicial dos cursos jurídicos era a formação da elite política e administrativa nacional. No entanto, a sucessão dos fatos políticos e o processo de instalação dos cursos deslocaram para a formação de quadros judiciais (magistrados e advogados) o processo formativo das elites políticas, e só residualmente atendeu às suas proposições iniciais, o que provocou sucessivas mudanças na estrutura curricular.

Importante dizer que a seleção dos professores tinha por critérios seu sucesso e potencial profissional como jurista, resultando no modelo de nivelamento pedagógico baseado em levar para a sala de aula os melhores práticos. Tudo isso implicou uma construção curricular pela ótica da prática jurídica, não pelo domínio de um saber jurídico contextual e pedagógico.

Foi a partir da década de 1930 que se verificou uma alteração substancial no plano das ideias jurídicas, assumindo-se uma atitude crítica perante as novas correntes doutrinárias.

Em 1945 teve início o período do “Estado Novo”, ordem jurídico-política posta em contradição com a inserção brasileira nas relações internacionais, alimentando perspectivas democráticas, provocando o fim da ditadura de Getúlio e a instituição de um tipo de ordem democrática até então inexistente na história brasileira. É desse processo que resultará a elaboração da Constituição de 1946, obra das diversas forças políticas brasileiras em confronto político-ideológico (Bonavides; Andrade, 1991).

O período histórico entre 1946 e 1964 é caracterizado pela eficácia constitucional na manutenção da ordem democrática, apesar das diversas tentativas de ruptura com a ordem legal e, até mesmo, de algumas fissuras no sistema constitucional democrático, instituído pela Constituição de 1946 (Maciel e Aguiar, 2022).

2 A PARTICIPAÇÃO DOS JURISTAS NO PERÍODO DO REGIME MILITAR

O movimento de avanço democrático foi interrompido no ano de 1964, pelo início do período do regime militar, que contou com a ajuda de juristas de renome nacional para construir a sua legitimidade jurídica. O desafio intelectual dos juristas foi enfrentado desde o primeiro ato jurídico-constitucional da recém-nascida ditadura, como se observa no preâmbulo do Ato Institucional n. 1, de 9 de abril de 1964 (Brasil, 1964):

A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constitucional. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como o Poder Constituinte, se legitima por si mesma.

O que para muitos tratou-se de um golpe, foi autoproclamado pelos juristas participantes do processo, como revolução, com o manejo da teoria jurídica para buscar legitimação deste como puro ato de poder, resultando na criação dos outros atos institucionais durante o período do regime militar, sempre com a participação relevante de juristas.

O Ato Institucional n. 2, de 1965, além de extinguir os partidos políticos, permitiu ao chefe do executivo decretar o recesso do congresso nacional, das assembleias legislativas e das câmaras de vereadores, estabelecendo, também, que durante o recesso parlamentar, o chefe do executivo poderia legislar mediante decretos-leis, em todas as matérias previstas na Constituição (Brasil, 1965).

Naquele contexto, como explica Bonavides e Andrade (1991), a democracia se exercia através da eleição indireta pelos aliados do regime, o que se estenderia, com o Ato Institucional n.3, aos Estados (Brasil, 1966a).

Em seguida, o Ato Institucional n. 4 convocou o Congresso Nacional, no período de festas de final de ano, para que os parlamentares discutissem e aprovassem o texto da Constituição de 1967, chamada de “Constituição da Ditadura” (Brasil, 1966b).

Contudo, o objetivo de legitimação não foi plenamente alcançado, o que fez com que a chegada do General Costa e Silva ao poder provocasse o endurecimento do regime, culminando no mais conhecido dos atos jurídicos do período, o Ato Institucional n. 5 (Brasil, 1968).

Referido ato aumentou os contornos de autoritarismo, com destaque para a suspensão da garantia do *habeas corpus* (nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular) e a possibilidade ao Presidente da República em diversos atos de intervenção, estabelecendo em definitivo a censura da mídia, além de limitações aos direitos e à liberdade que os cidadãos deveriam possuir quando se trata de uma ordem democrática, como explica Fernandes (2013).

É importante consignar que, apesar de nossa abordagem do período dentro de um contexto jurídico, em nenhum Ato Institucional existia disposição expressa que autorizasse a tortura e a prática de outros crimes contra qualquer cidadão, mesmo contra aqueles acusados de crimes políticos. Ocorre que, dado o aumento do poder repressivo aos que exerciam o controle da sociedade, tornaram os atos praticados pelo regime praticamente ilimitados, ainda que totalmente ilegais.

Sobre este aspecto, vale mencionar que para além da culpa do sistema jurídico da época, os maiores culpados são os governantes do período, que normalizaram os crimes de violação dos direitos humanos, como interrogatórios realizados com tortura, assassinatos, crimes sexuais

e censura total à liberdade de imprensa, que ocorreu à exaustão durante o período (Fernandes, 2013).

O período do regime militar, que durou 21 anos, até 1985, caracterizou-se pelo uso do aparato legal como forma de sustentação perante a sociedade civil, fazendo uso dos Atos Institucionais para conferir aparência de legalidade ao regime autoritário e de exceção, que contou com o apoio de amplos setores da sociedade civil, inclusive juristas.

3 O ENSINO DO DIREITO NO PERÍODO PÓS CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Na década de 1960, por meio do Parecer nº 215, elaborado pelo Conselho Federal de Educação, houve, pela primeira vez na história dos cursos jurídicos, a implantação de um currículo mínimo, em contrapartida aos currículos plenos que, todavia, não trouxeram maiores efeitos na prática dos cursos. O curso continuou com a duração de cinco anos, devendo conter minimamente as seguintes disciplinas (Brasil, 2004a):

Economia Política, Medicina Legal, Introdução à Ciência do Direito, Direito Civil, Direito Comercial, Direito Constitucional (incluindo Teoria Geral do Estado), Direito Administrativo, Direito Financeiro e Finanças, Direito Penal, Direito do Trabalho, Direito Internacional Privado, Direito Internacional Público, Direito Judiciário Civil (com Prática Forense), Direito Judiciário Penal (com Prática Forense).

Apenas com o término do período de intervenção militar, em 1985, e a promulgação da Constituição Federal de 1988, chegou então o período de liberdade de expressão, com calorosos debates acerca dos problemas que cercavam o ensino jurídico brasileiro, sobre a formação profissional tradicional do bacharel, e sobre o Direito e a justiça.

A Constituição de 1988 foi lapidada com o compromisso de assentar as bases para a afirmação da democracia no país, estabelecendo garantias para o reconhecimento e o exercício dos direitos e das liberdades dos brasileiros. Apesar disso, o Brasil continuou “a experimentar o paradoxo de ser um país onde a democracia se ajeita para conviver com a injustiça social, e não são poucas as manifestações que vem provando as consequências desse gap duradouro” (Bittar, 2017, p. 572).

Nesse percurso histórico, os anos noventa caracterizam-se por uma tentativa de apresentar uma nova visão ao ensino do Direito, diante da necessidade de implantação de uma dimensão crítica amparado nos direitos humanos. Dentro desse ambiente, marcado pela necessidade de sair de um normativismo fechado que caracterizava em geral o ensino jurídico da época, ocorre uma mudança substancial na abordagem jurídica e no próprio ensino jurídico,

resultando na elaboração e promulgação da Portaria MEC n. 1.886/1994, que estabelece as diretrizes curriculares para os cursos de Direito, inserindo a presença da abordagem teórica na formação do jurista, com as chamadas “disciplinas propedêuticas³” (Brasil, 1994).

Os cursos de Direito passaram a incluir novas disciplinas nas grades, diante do reconhecimento de que formar um jurista apenas nos quadros de uma dogmática jurídica estrita era completamente insuficiente, especialmente quando se considera a necessidade do desenvolvimento do senso crítico que passava a ser exigido na sociedade da época.

A Portaria MEC n. 1.886/1994 também fixou um currículo mínimo para os cursos jurídicos, com duração mínima de cinco anos, e fixação de carga horária, estabelecendo como conteúdo mínimo em seu artigo 6º (Brasil, 1994):

Art. 6º O conteúdo mínimo do curso jurídico, além do estágio, compreenderá as seguintes matérias que podem estar contidas em uma ou mais disciplinas do currículo pleno de cada curso:

I - Fundamentais: Introdução ao Direito, Filosofia (geral e jurídica, ética geral e profissional), Sociologia (geral e jurídica), Economia e Ciência Política (com teoria do Estado);

II - Profissionalizantes: Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Processual Civil, Direito Processual Penal, Direito do Trabalho, Direito Comercial e Direito Internacional.

Parágrafo único. As demais matérias e novos direitos serão incluídos nas disciplinas em que se desdobrar o currículo pleno de cada curso, de acordo com suas peculiaridades e com observância de interdisciplinariedade.

Além disso, disciplinou a criação de Núcleo de Prática Jurídica, realização de estágio externo, e apresentação de monografia final como critério de aprovação. Na sequência histórica da elaboração de normativas para o curso de Direito, algumas modificações foram implantadas, por meio de leis, portarias, resoluções e pareceres, resultados de constantes discussões entre os órgãos federais responsáveis pela educação superior e as entidades de classe do Direito, bem como das produções acadêmicas que identificavam lacunas e necessidades.

Ainda distante do resultado que se entendia necessário, o ensino do Direito, enfim, passava a contar com uma perspectiva social em suas diretrizes, com a necessidade de adequar o currículo mínimo do curso à Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. A formação de profissionais enriquecidos pelas experiências práticas e com senso crítico é umas das finalidades referidas no art. 43 da nova LDB n. 9.394/1996 (Brasil, 1996).

³ Podem ser consideradas disciplinas propedêuticas: Filosofia, Antropologia, História do Direito, Sociologia Geral e Jurídica, Teoria Geral do Estado, Economia e Introdução ao Estudo do Direito.

3.1 As novas diretrizes nacionais do curso de graduação em Direito

Como resultado do processo de modificação no ensino do Direito, após inúmeras discussões do Ministério da Educação (MEC), foi elaborada pelo Conselho Nacional de Educação (CNE), por sua Câmara de Educação Superior, a Resolução 09, de 24 de setembro de 2004, que instituiu as novas diretrizes curriculares a serem cumpridas pelas instituições de ensino superior (IES) públicas e privadas para os cursos de Direito. A resolução em foco especifica conteúdos e atividades essenciais que atendam a três eixos de formação interligados, como se observa em seu artigo 5º (Brasil, 2004b):

Art. 5º O curso de graduação em Direito deverá contemplar, em seu Projeto Pedagógico e em sua Organização Curricular, conteúdos e atividades que atendam aos seguintes eixos interligados de formação:

I – Eixo de Formação Fundamental, tem por objetivo integrar o estudante no campo, estabelecendo as relações do Direito com outras áreas do saber, abrangendo dentre outros, estudos que envolvam conteúdos essenciais sobre Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia.

II – Eixo de Formação Profissional, abrangendo, além do enfoque dogmático, o conhecimento e a aplicação, observadas as peculiaridades dos diversos ramos do Direito, de qualquer natureza, estudados sistematicamente e contextualizados segundo a evolução da Ciência do Direito e sua aplicação às mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais do Brasil e suas relações internacionais, incluindo-se necessariamente, dentre outros condizentes com o projeto pedagógico, conteúdos essenciais sobre Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Civil, Direito Empresarial, Direito do Trabalho, Direito Internacional e Direito Processual; e

III – Eixo de Formação Prática, objetiva a integração entre a prática e os conteúdos teóricos desenvolvidos nos demais Eixos, especialmente nas atividades relacionadas com o Estágio Curricular Supervisionado, Trabalho de Curso e Atividades Complementares.

Após passar por algumas alterações por meio de pareceres elaborados pelo CNE/CES⁴, a Resolução 09/2004 foi submetida a processo de reformulação, no ano de 2018, ensejando a criação da resolução CES/CNE nº 5, de 17 de dezembro de 2018, que revogou a resolução nº 9/2004 e instituiu as novas diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em Direito (Brasil, 2018a).

⁴ Parecer CNE/CES nº 236/2009, aprovado em 7 de agosto de 2009 - Consulta acerca do direito dos alunos à informação sobre o plano de ensino e sobre a metodologia do processo de ensino-aprendizagem e os critérios de avaliação a que serão submetidos;

Parecer CNE/CES nº 362/2011, aprovado em 1º de setembro de 2011 - Solicitação para que seja verificada a possibilidade de se aperfeiçoar a redação do art. 7º, § 1º, da Resolução CNE/CES nº 9/2004, que trata dos núcleos de prática jurídica;

Parecer CNE/CES nº 150/2013, aprovado em 5 de junho de 2013 - Revisão do Art. 7º da Resolução CNE/CES nº 9/2004, que institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências;

Resolução CNE/CES nº 3, de 14 de julho de 2017 - Altera o Art. 7º da Resolução CNE/CES nº 9/2004, que institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito.

O parecer elaborado como justificativa à resolução deixa clara a nova concepção de que o ensino jurídico deve ir além da mera reprodução de conteúdo normativo, afinal deve buscar, além de outras competências, o bem-estar da sociedade.

A resolução traz importante orientação para a elaboração dos projetos pedagógicos dos cursos, em seu artigo 2º, que deverão possuir três perspectivas formativas: geral, técnico-jurídica e prático-profissional. Além disso, inova ao incluir conceitos humanísticos com ênfase nos métodos consensuais de resolução de conflitos, e desenvolvimento de capacidade de reflexão crítica.

Destaque para a definição do perfil profissional que se espera do graduando, que exige uma revisão dos conceitos culturais, superando o individualismo, amplamente difundido nas salas de aula dos cursos de Direito, e colocando no seu lugar a solidariedade, o que se mostra indispensável para pensar o papel e a função do Direito na efetivação da justiça social e no desenvolvimento da cidadania (Rodrigues, 2020).

O artigo 4º definiu as competências que o curso de Direito deverá possibilitar aos discentes, inovando ao prever, além das já existentes, a capacidade de resolver conflitos por meios consensuais, reforçando a pacificação social, a capacidade de aceitar a diversidade e o pluralismo cultural, além de desenvolver perspectivas transversais sobre direitos humanos.

E retomando os temas da interdisciplinaridade e da articulação de saberes, o artigo 5º, que sofreu recentes alterações no ano de 2021, por meio da resolução n. 2/2021, prevê os conteúdos curriculares a serem incluídos, obrigatoriamente, no Projeto Pedagógico, orientando a inclusão de outros conteúdos e componentes curriculares visando a diversificação curricular, levando-se em consideração a relevância regional para a IES, tais como: Direito Ambiental, Direito Eleitoral, Direito Esportivo, Direitos Humanos, Direito do Consumidor, Direito da Criança e do Adolescente, Direito Agrário, Direito Cibernético e Direito Portuário.

Ao que se permite concluir, a resolução 5/2018 foi elaborada com intuito de adequar o ensino jurídico à nova realidade social, com a previsão da inclusão do estudo das formas consensuais de conflitos no currículo obrigatório do curso de Direito, e estímulo à interdisciplinaridade e o respeito às diferenças de qualquer espécie, especialmente no que tange à formação com base na educação pacificadora, humanística e inclusiva. Tal aspecto representa um avanço com relação ao ensino tradicionalista e centrado apenas no universo dos conteúdos normativos.

Espera-se que a atual resolução seja um primeiro passo para uma mudança do paradigma da “autossuficiência do Direito”, como um sistema fechado que não se relaciona com as outras

áreas do saber, pois além da capacitação técnica, é preciso alcançar a dimensão da complexidade social, o que deve ser lapidado a partir da interação do Direito com os saberes de outras áreas.

4 A LEGITIMIDADE DO DIREITO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL: PENSADORES TEÓRICOS

A busca pela definição de legitimidade inicia-se no âmbito das discussões políticas desde os tempos de Roma, quando se referia aos atos que emanavam das autoridades públicas como se fossem leis. Desta forma, antes de tratarmos sobre a questão da legitimidade do direito como instrumento de efetivação da justiça social, se faz necessário entendermos as definições de legalidade e legitimidade. Ao longo da história, diversos autores adentraram no mérito da discussão, com especial destaque para Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), Max Weber (1864-1920), Hans Kelsen (1981-1973), Norberto Bobbio (1909-2004) e Jürgen Habermas.

Confrontando o pensamento de Habermas (2011, 2012), no bojo de sua teoria discursiva do direito, ao pensamento dos demais autores mencionados, em especial Weber (1982) e Kelsen (1998), cunhada em sua teoria pura do direito, discorrendo ainda sobre as teorias de Rousseau (2010) e Bobbio (1986), pretende-se refletir sobre o uso do sistema de justiça além da questão normativa.

Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) iniciou um novo ciclo de entendimentos acerca da legitimidade, afirmando que, através do contrato social, a autoridade política deveria ser legitimada na vontade geral do povo, que é o único e verdadeiro soberano, não devendo submeter-se a um corpo político, como ocorre nas teorias de seus antecessores, já que a soberania não pode ser representada e nem alienada. Desta forma, a soberania deve manter-se no corpo social formado pelos cidadãos que a exercerão por meio do poder legislativo, o qual lhes compete exclusivamente. A legitimidade do Estado, para Rousseau, fundar-se-á na soberania popular (Rousseau, 2010).

Em consequência, a legalidade nada mais seria que o ato de conformidade das ações às leis positivas, cabendo, portanto, ao povo, ao corpo social individualizado, o cumprimento das leis que ele mesmo aprova, uma vez que lhe compete o poder legislativo.

A teoria de Rousseau afasta a antiga ideia de legitimidade como algo forjado pelos homens dentro de uma necessidade urgente de evitar a generalização da violência, momento em que se inventou uma série de representações legitimadoras, como deuses, reis, povo soberano, para que as pessoas consentissem em obedecer a um poder nascente (Pinto, 2009).

O que garante a distinção entre legalidade e legitimidade em sua teoria política é situar a existência da legitimidade no momento da fundação do pacto social e da escolha do regime de governo a ser adotado, pois é apoiando a legitimidade, no pacto fundador, a qual constitui o governo, que poderíamos supor que todas as leis daí derivadas viriam revestidas de certa legitimidade mínima originária⁵.

Percebe-se, por conseguinte, que sem validação social não é possível existir a legitimidade política. Em uma sociedade democrática, os objetivos acabam por fundar a legitimidade mais que as regras constitutivas, tornando-se necessária a existência desse ideal de justiça, ainda que no plano dos fatos não se possa concretizá-lo plenamente (Bonavides, 2008).

Rousseau demonstra, por meio do pacto instituído pelo rico, que a legalidade e a legitimidade são conceitos distintos e que um governo, cujas leis estejam desprovidas de qualquer moralidade e valor de justiça, não pode ser considerado legítimo. O conceito de legitimidade, para Rousseau, é vinculado ao conceito de soberania popular, por meio da construção da ideia de uma vontade geral que tende a evitar os interesses particulares em conflito e a harmonizá-los, definindo e interpretando a vontade do conjunto do corpo social que deverá ser sempre o verdadeiro detentor do poder (Rousseau, 2010).

Para Max Weber (1864-1920), a legitimidade se reflete no fato de que uma ordem política dada pareça, à maioria daqueles que nela se respalda, digna de aprovação ou, em todo caso, obrigatória e, conseqüentemente, investida de certo valor e não somente conforme a legislação vigente (Weber, 1982).

Sendo assim, a sociedade não pode considerar que leis que tenham sido aprovadas por meios fraudulentos, em prol de interesses específicos de uma minoria, sejam consideradas legítimas, ainda que previstas em um código de normas. Seria inconcebível considerar que a lei jamais deve ser contestada, ainda que seja injusta ou imoral.

Na análise do pensamento do autor, destaca-se as considerações sobre os três tipos de poder legítimo: tradicional, carismático e legal:

Primeira, a autoridade do “ontem eterno”, isto é, dos mores santificados pelo reconhecimento inimaginavelmente antigo e da orientação habitual para o conformismo. É o domínio “tradicional” exercido pelo patriarca e pelo príncipe patrimonial de outrora.

⁵ Essa presunção mínima de legitimidade também fundamenta a política nas democracias contemporâneas, materializando-se por meio das cartas magnas de cada país que definem tanto os modos de exercício do poder como os seus limites. Mas ainda se está muito distante do que Rousseau concebia como uma representatividade direta por parte do verdadeiro soberano: o povo (Rousseau, 2010).

Há a autoridade do dom da graça (carisma) extraordinário e pessoal, a dedicação absolutamente pessoal e a confiança pessoal na revelação, heroísmo ou outras qualidades da liderança individual. É o domínio “carismático”, exercido pelo profeta ou — no campo da política — pelo senhor de guerra eleito, pelo governante plebiscitário, o grande demagogo ou o líder do partido político.

Finalmente, há o domínio em virtude da “legalidade”, em virtude da fé na validade do estatuto legal e da “competência” funcional, baseada em regras racionalmente criadas. Nesse caso, espera-se obediência no cumprimento das obrigações estatutárias. É o domínio exercido pelo moderno “servidor do Estado” e por todos os portadores do poder que, sob esse aspecto, a ele se assemelham (Weber, 1982, p. 99).

Um dos aspectos mais interessante na teoria é a forma com que os poderes dominantes conseguem manter seu domínio, através da recompensa material e a honraria social, o que se encaixa na situação vivenciada atualmente em nosso país, em que a troca de favores e oferecimento de vantagens parece dominar no cenário político, deixando de lado o interesse do povo, que passa a ser definido como um mero instrumento de voto. A legitimidade, aqui, seria extraída não do interesse pelo bem comum, mas sim pela manipulação do sistema para manutenção de determinados grupos no poder (Cella, 2005).

Norberto Bobbio (1909-2004) vai conferir uma definição atual sobre o conceito de legitimidade na linguagem política, como sendo um atributo do Estado que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos, concluindo ser, por esta razão, que todo poder busca alcançar um consenso, proporcionando um reconhecimento pela sociedade de sua legitimidade, transformando a obediência em adesão, sendo, desta forma, a crença na legitimidade o elemento integrador na relação de poder que se verifica no âmbito do Estado (Bobbio, 1986).

Trazendo a análise para o Estado moderno, o referido autor afirma ainda que, quando as instituições políticas se encontram em crise, os únicos fundamentos da legitimidade do poder são a superioridade, o prestígio, e as qualidades pessoais de quem se encontra no vértice da hierarquia do Estado⁶. Este tipo de legitimidade possui estrita ligação com a pessoa do governante, tendo existência passageira, já que não resolve o problema fundamental para a continuidade das instituições políticas, isto é, o problema da transmissão do poder.

⁶ E o que seria essencial, porém, para “distinguir o poder legal e o tradicional do poder pessoal ou carismático (esta célebre tripartição é de Max Weber) é isto: a Legitimidade do primeiro tipo de poder tem seu fundamento na crença de que são legais as normas do regime, estabelecidas propositalmente e de maneira racional, e que legal também é o direito de comando dos que detêm o poder com base nas mesmas normas; a Legitimidade do segundo tipo assenta no respeito às instituições consagradas pela tradição e à pessoa ou às pessoas que detêm o poder, cujo direito de comando é conferido pela tradição; a Legitimidade do terceiro tipo tem seus alicerces substancialmente nas qualidades pessoais do chefe e, somente de forma secundária, nas instituições” (Bobbio, 1986, p. 676).

E nesta linha do autor, ao afirmar que a legitimidade do Estado é uma situação nunca plenamente concretizada na história, a não ser como pretensão social, cumpre-nos concordar com a reflexão de que um Estado será mais ou menos legítimo na medida em que torna real o valor de um consenso livremente manifestado por parte de uma comunidade de homens autônomos e conscientes, ou seja, na medida em que consegue se aproximar da ideia de eliminação do poder e da ideologia nas relações sociais (Bobbio, 1986).

4.1 A teoria de Kelsen sobre a legitimidade do Direito

O pensamento de Hans Kelsen (1981-1973) difere em boa parte dos demais autores que enfrentam o tema da legitimidade até a sua época, por defender que, uma vez instituída, a lei deverá ser cumprida, sem que se tenha a possibilidade de discuti-la, sob pena de serem usados meios coercivos⁷. Percebe-se, de início, que o autor, na tentativa de criar uma teoria pura do Direito, desvinculada dos interesses populares, vincula à legitimidade à norma e ao positivismo.

Sua linha de pensamento, portanto, visava purificar o direito de toda influência externa purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, como exposto no prefácio de sua obra e, para tanto, pregava que a legitimidade seria determinada pelo próprio funcionamento do direito, ou seja, pelo próprio procedimento previsto no ordenamento. Na definição de Kelsen (1998), o procedimento se encontra claramente no interior da ordem jurídica, pois ele deve necessariamente ser determinado por ela própria. O direito que analisa é, então, um direito totalmente separado da moral e da política e, portanto, clama por uma autonomia absoluta⁸.

Em confronto com as teorias anteriores, constata-se que o conceito de legitimidade, até então construído, será absorvido pela teoria pura do direito, conferindo autonomia ao seu objeto de estudo e possibilitando a explicação e justificação do seu dinamismo. Kelsen (1998) define o princípio da legitimidade como o princípio de que a norma de uma ordem jurídica é válida

⁷ Com Kelsen, cristalizou-se, nos moldes esperados para o pensamento positivista, uma identificação entre validade e legitimidade (Kelsen, 1998).

⁸ O autor pode ser inserido na corrente denominada normativismo, a qual, segundo Adeodato, “amplia as fronteiras do legalismo da escola dogmática jurídica, levando adiante as tentativas de análise lógica da ordem social, tal como o fizera a ‘jurisprudência dos conceitos’ na Alemanha. Para isso também recusa o conceito tradicional de legalidade (inspirado em Rousseau) como guardião da legitimidade contra os riscos de um poder arbitrário. A legalidade passa a ser colocada ao lado da legitimidade, como maneiras distintas de justificar o poder efetivo. Aqui, a fórmula lógica utilizada não mais é abstraída apenas a partir da lei, mas ao contrário, a perspectiva é invertida: é de um axioma lógico que a lei retira seu fundamento de legitimidade enquanto cognoscibilidade daquilo que Kelsen denominou ‘norma fundamental’ (Grundnorm)” (Adeodato, 2002, p. 60).

até a sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta ordem jurídica.

Conclui-se que, para o autor, a legitimidade restaria equiparada à legalidade, ou seja, tudo o que for decorrente de lei ou de procedimento determinado pela ordem jurídica, também seria legítimo, independente do consenso ou do alcance da justiça social. A validade das normas jurídicas independia de seu conteúdo, desde que retirasse seu fundamento de validade de uma norma superior, obedecendo aos procedimentos previstos no sistema (Kelsen, 1998).

O fundamento da legitimidade passa a ser apontado como sendo de ordem racional e identificado como a crença na legalidade e, para que exista essa crença, é necessário, por sua vez, um procedimento que identifique o que é e o que não é legal. A partir de então, o problema do que é legítimo é deslocado para a questão do procedimento que permite fazer essa identificação.

O autor teve por objetivo purificar tal ciência para a desprender das reflexões filosóficas e sociológicas. De acordo com Kelsen (1998), a norma acolhe qualquer conteúdo, ainda que seja ética e sociologicamente maligno e lesivo, sem preocupação com os ideais da humanidade. O jurista, para o autor, é mero executor das normas positivas.

Com o passar dos anos, surgiram críticas à concepção da Teoria Pura, focadas na problemática da relação entre a legitimidade e a legalidade. A esse respeito, é possível encontrar em Habermas (2011, 2012) uma tentativa de solução para tal questão, através de sua teoria comunicativa, em que a legitimidade do Estado só é conferida quando está de acordo com o alcance da justiça social⁹.

4.2 A crítica de Jurgen Habermas ao conceito positivista de legitimidade

Analisando as teorias anteriores sobre a legitimidade do ordenamento jurídico, em especial a de Kelsen (1998), constatamos que a legitimidade do direito possui estrita ligação

⁹ Para o autor, “a tentativa de legitimar o Estado como Estado “de direito” revela-se inteiramente infrutífera, porque – como já foi acentuado – todo Estado tem de ser um Estado de Direito no sentido de que todo Estado é uma ordem jurídica. Isto, no entanto, não envolve qualquer espécie de juízo de valor político. A limitação já referida do conceito de Estado de Direito a um Estado que corresponda às exigências da democracia e da segurança jurídica, implica a ideia de que apenas uma ordem coercitiva assim configurada pode ser tida como “verdadeira” ordem jurídica. Uma tal suposição, porém, é um preconceito jusnaturalista. Também uma ordem coercitiva relativamente centralizada que tenha caráter autocrático e, em virtude da sua flexibilidade ilimitada, não ofereça qualquer espécie de segurança jurídica, é uma ordem jurídica e a comunidade por ela constituída – na medida em que se distinga entre ordem e comunidade – é uma comunidade jurídica e, como tal, um Estado. Do ponto de vista de um positivismo jurídico coerente, o Direito, precisamente como o Estado, não pode ser concebido senão como uma ordem coercitiva de conduta humana – com o que nada se afirma sobre o seu valor moral ou a Justiça. E, então, o Estado pode ser juridicamente apreendido como sendo o próprio Direito – nada mais, nada menos” (Habermas, 2012, p. 335).

com a legalidade imposta pelo regime de governo instituído, uma vez que aqueles que estão no poder seriam soberanos em suas decisões, ainda que contrárias aos anseios populares.

Isso quer dizer que até mesmo os regimes autoritários e os governos opressivos, ainda que em tese, democráticos, estariam legitimados em suas ações. Neste sentido, para fundamentar o contraditório ao pensamento anterior, Habermas desenvolveu sua teoria de legitimação do direito, que apresenta um conceito mais largo, capaz de compreender a totalidade do fenômeno, deixando de lado os vícios e os preconceitos positivistas que acabaram levando a interpretações equivocadas que os justificassem, como explica Bonavides (2008).

Com isso, abriu-se uma nova perspectiva de legitimação do direito, qual seja a mobilização das liberdades comunicativas dos cidadãos, sendo que é através do poder comunicativo que os homens devem buscar construir um direito legítimo e um poder político legítimo, para que o direito não fique reduzido à imposição de mandatos de um soberano, o que levaria a sua absorção pela política e a consequente decomposição do próprio conceito de política (Silva, 2012).

Habermas (2012) então vai descrever a sociedade sob o pano de fundo de sua razão comunicativa que desenvolverá sua teoria discursiva, no bojo da qual tem destaque a análise da legitimidade das normas jurídicas, em que um procedimento legítimo seria aquele que permitisse a todos os potenciais interessados, dentro de uma situação ideal de diálogo, atingirem racionalmente um consenso.

No desenvolver da teoria, Habermas concebe uma força normativa inerente à linguagem que, se usada de forma comunicativa, é um meio eficaz de integração social. Trata-se do agir comunicativo, entendido como a disposição dos particulares para, a partir do diálogo, se entender e alcançar um consenso sobre algo do mundo. A comunicação, para Habermas, é o diálogo e o agir comunicativo é o instrumento para alcançá-lo, como explica Miranda (2009).

Com sua teoria do discurso, Habermas sustenta que a legitimidade surge da formação discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos que possuem os mesmos direitos, sendo evidente que, nestes casos, é preciso que os cidadãos não só possuam os mesmos direitos efetivamente, mas que tenham as mesmas condições de exercício destes direitos.

A legitimidade, portanto, somente estaria garantida pela participação livre e isonômica de todos os cidadãos no diálogo, o qual precisaria ser protegido por normas que assegurassem a perpetuidade da possibilidade de discussão, a fim de evitar a aprovação, ainda que consensual, de regras que excluíssem qualquer interessado desse procedimento (Habermas, 2012).

Nesta linha de raciocínio, as normas presentes no ordenamento jurídico somente seriam aceitas como direito positivo a partir do momento em que obtivessem força através de um procedimento juridicamente válido, sendo a validade social¹⁰ das normas do direito, determinadas pelo grau em que as mesmas conseguem se impor, ao passo que a legitimidade das normas jurídicas se mediria pela teoria discursiva de sua pretensão de validade normativa.

O que se conclui é que Habermas só admite a legitimidade do Direito através da participação e aprovação da sociedade e, não apenas da existência no campo positivo, já que as normas produzidas, uma vez desprovidas de função social, não representariam o interesse público, devendo ser questionadas. Não se pode admitir o surgimento da legitimidade tão somente a partir da legalidade, a não ser para os que partem da premissa de que o sistema do direito tem que ser representado como um processo circular que se fecha recursivamente, legitimando-se a si mesmo.

Na teoria de Habermas, é a razão comunicativa, o discurso, que iniciará a construção de um direito legítimo através do princípio da democracia, sendo a racionalidade discursiva na construção do direito o exercício do princípio da democracia e a fonte de legitimidade do direito.

Em continuidade, no posfácio do segundo volume da obra do autor (Habermas, 2011), têm-se que:

a legitimidade do direito não deriva de um direito moral superior; esta legitimidade só pode ser obtida através de um processo racional de formação da opinião e da vontade, onde a autolegislação deve ser colocada como médium do direito, em que o princípio do discurso assumira uma característica jurídica através do estabelecimento de um direito que instaura direitos de comunicação e participação necessários para legitimação do próprio ordenamento (Habermas, 2011, p. 324).

O Direito deve se tornar um sistema aberto que se alimenta da eticidade democrática dos cidadãos e da cultura política liberal, devendo, este processo democrático, para ter êxito, ser construído por cidadãos acostumados a liberdade, que utilizem seus direitos de comunicação e de participação em um sentido orientado para o bem comum, o qual pode ser proposto politicamente, porém não imposto juridicamente.

A teoria de Habermas (2011), possui plena aplicabilidade na atualidade, em que a busca de um consenso possibilita, paradoxalmente, um maior dissenso, pois o Direito nem sempre

¹⁰ Validade social seria sinônimo de aprovação. Neste sentido, a aceitação dos membros da sociedade somente ocorreria após se identificarem com a ação desenvolvida, como em um sistema de retorno, muito encontrado no âmbito das políticas públicas.

refletirá um acordo de todos, mas uma inclusão de identidades passíveis de serem alteradas em um momento posterior. É justamente a possibilidade de dissenso, de atitudes contrárias às expectativas normativas institucionalizadas, que faz ser considerado normal o comportamento divergente, que é previsto pelo próprio Direito e razão de ser deste, sempre em busca do bem comum e da justiça social.

Sobre esse aspecto, o autor continua (Bittar, 2013), ao explicar que o Direito exprime e garante a afirmação da justiça, se tornando legítimo quando cuidar para que haja uma ordem justa nas relações interpessoais no interior de uma determinada coletividade, sendo a relação de dependência da justiça com o Direito na sociedade moderna de grande relevância, pois a justiça não se faz sem o Direito, apesar de não se fazer somente e exclusivamente pelos mecanismos do Direito.

Ao que se permite compreender, para Habermas, o Direito qualificado em condições em que seu potencial é exercido a contento, tem a tarefa de representar um mecanismo social para solver conflitos, carregando os interesses legítimos da sociedade para dentro do sistema de justiça e, por este meio, transformá-los em demandas fundamentais para a organização da vida social.

Com isso, pode-se afirmar que o papel do Direito como instrumento de alcance da justiça social dependerá da forma que será utilizado, tanto no campo do ensino como na formação profissional, diante das inúmeras lacunas interpretativas conferidas ao sistema jurídico.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema de justiça, historicamente, funcionou com a finalidade de manutenção da ordem vigente, procurando conferir estabilidade ao sistema político e econômico na sociedade. Em razão disso, aqueles que atuavam na interpretação e aplicação da lei, dentro ou fora dos tribunais, procuravam exercer suas funções de maneira rigorosamente conservadora, nos estritos sentidos da legislação.

Todo sistema de justiça, incluindo o sistema de ensino e a formação, não foi criado para responder a um novo tipo de sociedade e a um novo tipo de função, pois sua criação não levou em conta a necessidade de inovação e de ruptura, mas para um processo de continuidade para fazer melhor o que sempre tinha feito, ou seja, a manutenção do status quo (Santos, 2011).

O ensino jurídico praticado até a década de 1980 partia do pressuposto de que o conhecimento do sistema jurídico seria suficiente para a obtenção de êxito no processo de aprendizagem, encerrando-se o conhecimento jurídico no mundo das leis e dos códigos. Referido modelo não encontra mais razão de existir em nosso sistema de ensino.

O direito deve buscar sua legitimidade além da mera interpretação normativa, com alcance da justiça social, o que perpassa, necessariamente, pela reformulação constante do modelo de ensino jurídico praticado, o que justifica as inúmeras alterações experimentadas nas novas diretrizes, fundamentadas em uma nova concepção de ensino jurídico, adequando-se à nova realidade social, com estímulo à interdisciplinaridade e o respeito às diferenças, objetivando-se uma formação com base pacificadora, humanística e inclusiva, representando um grande avanço com relação ao ensino tradicionalista.

O novo profissional do direito deve ser preocupado com as reivindicações da sociedade e não apenas com o campo normativo, legitimando sua atuação com uma nova mentalidade de que o sistema positivista não consegue, sozinho, cumprir com esse papel transformador, sendo necessário o diálogo com outras fontes e áreas do conhecimento, pois as demandas jurídicas, antes de tudo, são demandas sociais, fruto das determinações da sociedade.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, J. M. **Ética e Retórica: Para uma Teoria da Dogmática Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALVES NETO, F. R. **Diretrizes curriculares nacionais e o currículo do curso de direito da UFAC: compreensão da experiência vivenciada por docentes e discentes**. UFMG/FaE, 2011. Tese - (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Educação. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOS-8UBPVU>. Acesso em: 20 jul.2021.

BASTOS, A.W. **Ensino Jurídico no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 1-2.

BITTAR, E. C. B. (org). **História do Direito Brasileiro: leituras da ordem jurídica nacional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

BITTAR, E. C. B. **Democracia, Justiça e Emancipação Social: reflexões jusfilosóficas a partir do pensamento de Jurgen Habermas**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BOBBIO, N. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 6. ed. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, P. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, P.; ANDRADE, P. de. **História Constitucional do Brasil**. Paz e Terra/Senado Federal, Brasília, 1991.

BRASIL. **Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964**. Brasília, DF., 9 abr. 1964. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/atoins/1960-1969/atoinstitucional-1-9-abril-1964-364977-norma-csr.html>. Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL. **Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965**. Brasília, DF., 27 out. 1965. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/atoins/1960-1969/atoinstitucional-2-27-outubro-1965-363603-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL. **Ato Institucional nº 3, de 5 de fevereiro de 1966**. Brasília, DF., 05 fev. 1966a. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=AIT&numero=3&ano=1966&ato=38bETR65EMZRV3e6>. Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL. **Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966**. Brasília, DF., 7 dez. 1966b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-04-66.htm. Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL. **Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968**. Brasília, DF., 13 dez. 1968. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm. Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal nº 1988**, de 05 de outubro de 1988. Brasília, SP, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 nov. 2021

BRASIL. **Lei de 11 de agosto de 1827**. Crêa dous Cursos de sciencias juridicas e sociaes, um na cidade de S. Paulo e outro na de Olinda. Brasil, 11 ago. 1827. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim.-11-08-1827.htm. Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, LDB. 9394/1996**. Brasília, DF., 20 dez. 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL. Ministério da Educação. **Parecer CNE/CES nº 55/2004**: criação das Diretrizes Curriculares para o curso de Direito. Brasília, 2004a. Disponível em: <https://www.gov.br/mec/pt-br/cne/normas-classificadas-por-assunto/diretrizes-curriculares-cursos-de-graduacao>. Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL. Ministério da Educação. **Portaria n. 1886 de 30 de dezembro de 1994**. Fixa as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do curso jurídico. Brasília, 1994. Disponível em: <https://www.oabrn.org.br/arquivos/LegislacaosobreEnsinoJuridico.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL. Ministério da Educação. **Resolução CNE/CES nº 9/2004**: institui as Diretrizes Curriculares do curso de Direito, bacharelado. Brasília, 2004b. Disponível em: <https://abmes.org.br/legislacoes/detalhe/582/resolucao-cne-ces-n-9>. Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL. **Resolução nº 5, de 17 de dezembro de 2018**. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e das outras providências. Brasília, 2018a. Disponível em: <https://www.gov.br/mec/pt-br/cne/resolucoes/resolucoes-cne-ces-2018>. Acesso em: 20 ago. 2024.

CELLA, J. R. G. **A Crítica de Habermas à Idéia de Legitimidade em Weber e Kelsen**. In: XXII Congresso mundial de filosofia do derecho e filosofia social. Granada, Espanha, 2005. Disponível em: <http://www.cella.com.br/conteudo/Habermas-IVR-01.pdf>. Acesso em: jun. 2020.

FERNANDES, N. A. M. A política cultural à época da ditadura militar. Contemporânea. **Revista de Sociologia da UFSCar**, São Carlos, v. 3, n. 1, jan./jun. 2013, p. 181. Disponível em: <https://www.contemporanea.ufscar.br/index.php/contemporanea/article/view/124>. Acesso em: 20 set. 2024.

GASPAR, L. **Faculdade de Direito do Recife**. Pesquisa Escolar Online, Fundação Joaquim Nabuco, Recife. 2009. Disponível em: <http://basilio.fundaj.gov.br/pesquisaescolar/>. Acesso em: 20. ago. 2024.

HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre facticidade e validade, vol I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACIEL, J. F.; AGUIAR, R. **Manual de história do direito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MIRANDA, M. da S. **O mundo da vida e o Direito na obra de Jurgen Habermas**. **Prisma Jurídico**. São Paulo, v. 8, nº 1, 2009.

PINTO, M. M. Legalidade versus legitimidade: uma perspectiva rousseauísta da questão. **Revista de filosofia Controvérsia**. v. 5, nº 2, p. 45-53, São Leopoldo: Unisinos, mai/ago 2009.

REALE, M. **Horizontes do Direito e da História**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRIGUES, H. W. **Novas diretrizes curriculares nacionais dos Cursos de Direito: análise crítica da Resolução CNE/CES N.º 5/2018**. In: ROCHA, M. V. da; BARROSO, F. dos R. Educação Jurídica e Didática no Ensino do Direito: estudos em homenagem Professora Cecilia Caballero Lois. Florianópolis: Habitus, 2020. p. 199-232.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Do contrato social**. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

SANTOS, B. de S. **Para uma revolução democrática na justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SILVA, J. O controle jurisdicional das políticas públicas e efetivação dos direitos sociais: uma análise habermasiana. In: **Direitos Sociais e Políticas Públicas II**. 21. ed. Funjab: 2012.

VENANCIO FILHO, A. **Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil**. São Paulo: Perspectiva, 1980.

VENOSA, S. de S. **Introdução ao estudo do direito**. 7. ed. Barueri: Atlas, 2022.

WEBER, M. **A política como vocação**. In: GERT, H. H. e WRIGHT MILLS, C. (orgs.) *Ensaio de Sociologia*. Tradução: Waltensir Dutra. Revisão Técnica: Fernando Henrique Cardoso. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

WOLKMER, A. C. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

A TEORIA DA TIPOLOGIA DAS PARTES DE GALANTER E A PRÁTICA DO IRDR NO BRASIL: O PODER JUDICIÁRIO COMO UM JOGADOR?

ZUFELATO, Camilo¹

OLIVEIRA, Fernando Antônio²

ISSUE DOI: 10.3738/1982.2278.4314

RESUMO: O objetivo central deste estudo é analisar, dentro da perspectiva da aplicação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, se existe uma utilização estratégica por parte dos atores legitimados à suscitação deste instituto processual, criado pelo CPC/15. Essa pesquisa é empreendida segundo o marco teórico da tipologia das partes, de Marc Galanter, mas considerando as peculiaridades do contexto de aplicação do IRDR, em que os membros do Poder Judiciário assumem uma nova função, de colegitimados para a suscitação de incidentes, ao mesmo tempo em que os tribunais os julgam, fixando as teses de efeitos vinculativos tanto para casos pendentes como para casos futuros.

Palavras-chave: CPC/15. Demandas Repetitivas. IRDR. Atores. Utilização estratégica.

THE TYPOLOGY OF PARTIES THEORY BY GALANTER AND THE PRACTICE OF IRDR IN BRAZIL: THE JUDICIAL POWER AS A PLAYER?

SUMMARY The central objective in this paper is to analyze, from the perspective of the application of the Resolution of Repetitive Demands Incident, if there is a strategic use by the actors legitimized to raise this procedural institute, created by CPC / 15. This research is undertaken according to the theoretical framework of the typology of the parts, by Marc Galanter, but considering the peculiarities of the context of application of the IRDR, in which the members of the Judiciary takes a new role, co-legitimized for the raising of incidents, at the same time that the courts try them, establishing the theses of binding effects for both pending and future cases.

Keywords: CPC/15. Repetitive Demands. IRDR. Inciters. Players. Strategic use.

1 INTRODUÇÃO

É figura considerada recente no ordenamento processual brasileiro o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), instituído pelo Código de Processo Civil (CPC) de 2015 – em que pese sua inspiração nos recursos repetitivos que já estavam em vigência antes do CPC/15.

Tanto o IRDR como os demais mecanismos de resolução de demandas repetitivas estão inseridos em um contexto particular de litigância, considerada de massa, ou repetitiva. E essa particularidade tem desdobramentos interessantes sob a ótica dos atores ou *players* que se envolvem na resolução desses tipos de conflitos.

¹ Professor Titular da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - USP/SP.

² Mestre pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP/SP

No IRDR, chama atenção a abertura dada pelo legislador à participação ativa do Poder Judiciário no seu procedimento, notadamente pela legitimidade conferida aos juízes e relatores para a suscitação de novos incidentes (artigo 977, I, do CPC) (Brasil, 2015).

Dentre as partes típicas das demandas repetitivas, é notória a clássica distinção de Marc Galanter (1974) entre litigantes habituais e litigantes ocasionais, a qual serve de base teórica para pesquisas sobre a utilização estratégica do processo.

Esse estudo busca, a partir da tipologia das partes, avaliar, segundo a experiência proveniente da aplicação do IRDR pelos tribunais brasileiros, considerando-se principalmente a legitimidade ampliada a membros do Judiciário, o perfil dos suscitantes do IRDR e o resultado dos julgamentos, quais dos *players* envolvidos têm assumido o protagonismo na utilização desse expediente processual, a fim de identificar a existência ou não de um eventual uso estratégico na gestão dos conflitos relacionados aos incidentes.

Assim, é feito um cotejo da doutrina com dados empíricos referente aos incidentes instaurados nos primeiros anos de vigência do CPC de 2015, com base nos dados catalogados pelo Observatório Brasileiro de IRDR's, grupo de pesquisa organizado e vinculado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/USP)³, certificado na plataforma Lattes do CNPQ.

Ao final, objetiva-se reavaliar a aplicação da teoria da tipologia das partes no contexto do IRDR, lançando luz sobre a questão, a fim de suscitar o exame de proposições dogmáticas com o subsídio em dados empíricos.

2 DA TEORIA DA TIPOLOGIA DOS ATORES PROCESSUAIS

O desenvolvimento da sociologia jurídica norte-americana representou uma nova abordagem para os estudos jurídicos, notadamente no que se refere às pesquisas sobre o funcionamento das instituições de justiça.

Nesse contexto, a publicação original do artigo "*Why the haves come out ahead: speculations on the limits of legal change*", em 1974, de Marc Galanter, é considerada um marco inicial para uma diferente ótica sobre a compreensão da litigiosidade. A sua grande contribuição foi destacar a possibilidade de existirem diferentes tipos de partes processuais, com atuações típicas e que denunciam perfis de litigância antagônicos, capazes de impactar no aspecto "redistributivo" desejável para o sistema de justiça (Galanter, 1974).

³ Mais informações sobre o grupo estão disponíveis em: <http://observatorioirdr.direitorp.usp.br/o-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas/>

Referida obra trata de um período nos EUA, mais precisamente o final da década de 1960, em que houve uma expansão de direitos sociais, o que abrange o acesso à justiça. É interessante mencionar que o autor utilizou em sua pesquisa muito da sua experiência na Índia, local que foi foco dos seus estudos em determinado período da sua carreira. Apesar das diferenças de realidades, algumas características da experiência americana se pareciam com a experiência indiana e, certamente, também se amoldam às circunstâncias brasileiras (ressalvadas algumas peculiaridades, como a que será tratada nesse trabalho).

O objetivo central proposto pela obra em destaque era questionar se a arquitetura básica do sistema de justiça estaria mais apta a facilitar ou a limitar a realização de uma justiça distributiva (Galanter, 1974). Todavia, seu conteúdo se destaca principalmente por revelar uma interessante teoria das partes, ou “players”, dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário.

De fato, Galanter (1974) organizou os jurisdicionados que acessam o sistema de Justiça em duas categorias, que se distinguem principalmente pela frequência com que os atores utilizam o Poder Judiciário. Uma primeira categoria de atores foi denominada como “repeat-players”, ou jogadores habituais (“JH”), sujeitos que foram identificados com maior frequência em determinados tipos de conflitos. De lado oposto, aqueles que se utilizam pontualmente do Poder Judiciário, para resolução de conflitos específicos, foram chamados de “one-shooters”, ou participantes eventuais (“PE”), a segunda categoria de atores.

Conforme ilustra Galanter (2018) os tipos de conflitos de tais categorias podem ser identificados conforme a seguinte disposição:

Tabela 1. Taxonomia da litigância por configuração estratégica das partes

		INICIANTE, AUTOR	
		Participante eventual	Jogador habitual
RÉU	Participante eventual	I. PE vs. PE Pai vs. mãe (guarda) Marido vs. esposa (divórcio) Família vs. membro da família (interdição) Família vs. família (herança) Vizinho vs. vizinho Sócio vs. sócio	II. JH vs. PE Promotor de justiça vs. acusado Financiadora vs. devedor Proprietário vs. inquilino Receita Federal vs. contribuinte Desapropriante vs. dono da propriedade
	Jogador habitual	III. PE vs. JH Beneficiário vs. Previdência Social Revendedor de veículo vs. fabricante Vítima de dano vs. seguradora Inquilino vs. proprietário Consumidor falido* vs. credores Difamado vs. editora	IV. JH vs. JH Sindicato vs. empresa Distribuidor de filmes vs. órgão de censura Especulador vs. municipalidade Comprador vs. fornecedor Agência reguladora vs. empresas do setor regulado

Fonte: Galanter (2018).

O fio condutor da diferença entre as categorias, considerando suas especificidades, é a atuação estratégica por parte dos jogadores habituais, o que se constata em diferentes searas e momentos.

Trazendo para a realidade brasileira, é possível identificar inúmeras formas em que essa atuação estratégica se manifesta, o que se traduz nas apontadas vantagens dos litigantes repetitivos, conforme apontado por Galanter (2018).

Asperti (2018), estudou as formas em que as vantagens dos jogadores habituais se manifestam no contexto brasileiro das demandas repetitivas, relativamente às características das partes, dos serviços jurídicos/ advogados, das instituições e das regras/ leis.

Conforme identificado por referida autora, pela ótica das partes, é possível verificar vantagens dos jogadores habituais como capacidade para estruturar transações, expertise e especialização, economia de escala, estratégia a longo prazo, capacidade para disputar as regras, reputação de negociador, capacidade para investir em penetração *etc.* (Asperti, 2018).

Tais vantagens são vistas, particularmente no Brasil, dentre outras, quando se verifica o uso de tecnologia no contencioso de massa empresarial mediante aplicação de robôs e algoritmos, utilização de mão de obra barata pela grande oferta de profissionais no mercado,

incentivos institucionais para promoção do acordo pelo Judiciário e acesso a juristas conceituados para representação estratégica (Asperti, 2018).

Além disso, as próprias instituições oferecem um campo fértil para as estratégias dos jogadores habituais, com características como a passividade e barreiras de custos e outros problemas ao acesso à Justiça. No Brasil, o congestionamento e morosidade jogam a favor daqueles que mais litigam e as regras processuais e materiais, são complexas e muitas vezes já arquitetadas para atender ao interesse de proprietários e detentores do poder (Asperti, 2018).

Nesse contexto, o manejo do IRDR parece ser propício à utilização estratégica dos jogadores habituais brasileiros (Carvalho, 2019), considerando o potencial de alcance das decisões formadas no IRDR, principalmente pela extensão territorial: Estados, no caso de Tribunais de Justiça; regiões, tratando-se de Tribunais Regionais Federais; e todo o país, considerando a possibilidade de suspensão nacional, julgamento de REsp ou RE interposto em face de acórdão oriundo de julgamento de IRDR, além do recente entendimento do STJ de que há cabimento do IRDR perante aquela corte (Brasil, 2019).

Além disso, as vantagens também estão na possibilidade da decisão de um caso concreto ser estendida a todos os outros casos – presentes ou futuros – relacionados à mesma questão de direito afetada no julgamento do IRDR, haja vista que à tese firmada nesse procedimento o CPC imprime-se um efeito vinculativo, de observação obrigatória a todos os órgãos judicantes subordinados ao tribunal que proferir à decisão, incluindo os Juizados Especiais (artigo 985).

Todas essas considerações, que relacionam a utilização estratégica do IRDR pela categoria dos jogadores habituais, refletem uma perspectiva dos usuários do sistema de Justiça. Porém, conforme apresentado supra, há no IRDR uma atuação muito importante e bastante incomum do Poder Judiciário, diante da legitimidade conferida aos juízes e relatores para a suscitação de novos incidentes (artigo 977, I, do CPC), o que poderia revelar uma utilização estratégica não só pelas *partes*, mas também pelo próprio *Poder Judiciário*, na condução de incidentes de seu interesse e na fixação de teses conforme o seu interesse, a par da utilização estratégica das partes.

Assim, tem-se como hipótese que, no contexto do IRDR, a teoria da taxionomia das partes de Galanter (2018) deve ser abordada à luz das características judiciais e de litigância brasileiras, relacionadas à atuação que a lei confere, por meio da atribuição de legitimidade para a suscitação, ao Poder Judiciário no procedimento deste instrumento processual, o que será conduzido mais adiante.

3 DEMANDAS REPETITIVAS NO BRASIL: BREVE INTRODUÇÃO

O IRDR, como o próprio nome denuncia, está inserido no contexto das “demandas repetitivas”. Nos termos do artigo 928 do CPC, o IRDR forma, junto com os recursos especial e extraordinário repetitivos, um microssistema de resolução de demandas repetitivas.

Todavia, esta nomenclatura pode variar, muitas vezes sendo utilizadas com o mesmo sentido de demandas repetitivas denominações como “demandas seriadas, massificadas, isomórficas, coletivadas, ações repetitivas etc.” (Rodrigues, 2013, p. 22).

A bem da verdade, acredita-se que o IRDR não julga propriamente demandas que se repetem, no sentido técnico de demandas, mas sim questões exclusivamente de direito que se repetem em vários processos (Marinoni, 2016).

De todo modo, preservando a nomenclatura utilizada pelo CPC, verifica-se que as causas dessas demandas repetitivas são costumeiramente relacionadas à litigiosidade de massa. Esta, ao seu turno, aproxima-se da alta demanda pela prestação judicial (Santos, Marques, Pedroso, 1995), o que não se confunde, entretanto, com a noção de conflituosidade, haja vista que nem todo conflito é reconhecido pelas partes, ou, mesmo que reconhecido, pode não ser levado ao conhecimento de terceiro para sua resolução, ao passo que uma série de fatores influencia o reconhecimento do conflito, sua evolução e a decisão de invocar terceiro para auxiliar ou determinar o caminho para sua resolução (Felstiner, 1981).

Apesar de serem várias, as causas da litigiosidade de massa podem ser classificadas tanto como exteriores às instituições judiciárias quanto como intrínsecas às próprias instituições judiciárias (Cunha, Gabay, 2012, p.37-39).

Com efeito, pesquisas empíricas demonstram que causas externas ao Judiciário como “regulamentação administrativa e legislativa, marcos institucionais, questões socioeconômicas e práticas de gestão empresarial” podem impulsionar consideravelmente o número de litígios. Do mesmo modo, causas internas como “o gerenciamento, a falta de uniformização no entendimento dos Tribunais, carência quantitativa e qualitativa de recursos humanos, problemas de organização judiciária, conduta dos procuradores das partes, dentre outras questões”, igualmente contribuem para a perpetuação da litigiosidade de massa (Cunha, Gabay, 2012, p.37-39).

As causas externas muitas vezes podem ser influenciadas pelo comportamento dos jogadores habituais, conforme exposto anteriormente, principalmente por meio da sua atuação institucional ou na própria conformação das regras, processuais ou de direito material.

Além disso, fora as causas impulsionadas pelas grandes organizações ou pelo próprio Estado, que descumpre com suas obrigações e falha na regulamentação administrativa e legislativa (Amaral, 2011), outros fatores externos igualmente contribuem para o quadro da litigância de massa, como a concentração demográfica, a globalização, a precarização da qualidade dos produtos e serviços, dentre outros (Didier Jr.; Cunha, 2017, p.666).

O aumento da litigiosidade de massa tem causado consequentemente um crescimento no número de demandas no Poder Judiciário, o que não significa, todavia, que todos estão acessando a justiça, haja vista que alguns atores utilizam em grande escala o sistema de Justiça, enquanto muitos ainda se encontram às margens do seu acesso. Trata-se de constatação que também se alinha à teoria de Galanter (2018), aqui utilizada como marco teórico.

Por outro lado, contribui igualmente para o abarrotamento dos tribunais a preferência, no contexto brasileiro, pela configuração atomizada em face da forma molecular de resolução dos processos repetitivos (Watanabe *et al.*, 2011).

De fato, vários são os fatores que levaram ao insucesso do processo coletivo, levantados pela doutrina (Oliveira, 2019), que para alguns poderia ser a solução para o tratamento das demandas repetitivas (Rossi, 2016).

O que se nota é uma tendência à criação de mecanismos voltados à padronização decisória, o que em vários momentos é relacionado à problemática da dispersão jurisprudencial, disposta na Exposição de Motivos do CPC/15 como a existência de “posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica”, o que levaria a “que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes” (Brasil, 2010, p.11).

Por isso é que se defende a utilização de mecanismos como o IRDR, o que poderia proporcionar um tratamento mais isonômico aos casos repetitivos, além da agilização do trâmite dos processos e consequente amenização da sobrecarga do Judiciário, inclusive “com ganho de tempo, a ser aproveitado para o exame dos casos singulares e complexos” (Mancuso, 2016, p. 71-72).

Todavia, denuncia-se que por trás desse discurso existe uma preocupação muito mais relacionada com a tentativa de diminuição do elevado número de processos – o que está relacionado diretamente com a celeridade processual, sobretudo a partir da leitura da Exposição de Motivos do CPC/15, na qual são elencados dois mecanismos visando à diminuição do tempo de tramitação dos processos (Brasil, 2010, p.11): a) o relativo àqueles processos, em si mesmos considerados, que, serão decididos conjuntamente; b) no que concerne à atenuação do excesso

de carga de trabalho do Poder Judiciário – já que o tempo usado para decidir aqueles processos poderá ser mais eficazmente aproveitado em todos os outros, em cujo trâmite serão evidentemente menores os ditos “tempos mortos” (= períodos em que nada acontece no processo).

Mas parece, portanto, que estes mecanismos de resolução de demandas repetitivas estão destinados ao gerenciamento de processos em larga escala (Oliveira, 2019, p.49-51), considerando o conceito dado para gerenciamento de processos (Silva, 2010, p. 35).

Trata-se de uma pauta já bastante conhecida, referente a um movimento legislativo que fluiu no sentido de reconhecer uma noção de acesso à justiça associada à eficiência e efetividade, mas não na direção da redistribuição e da inclusão (Gabbay, Costa, Asperti, 2019, p. 152-181), o que pode ser notado desde a Emenda Constitucional 45 de 2004, com a inserção da Súmula Vinculante e dos recursos repetitivos, além de outros mecanismos posteriores, todos alinhados a uma pauta racionalizadora, efficientista e gerencial, que não se preocupa com o acesso ao acesso à ordem jurídica justa, democratizante e redistributiva.

4 IRDR COMO NOVIDADE DO CPC/15 E APOSTA PARA A RESOLUÇÃO DAS DEMANDAS REPETITIVAS

O IRDR está previsto a partir do artigo 976 do Código de Processo Civil e terá cabimento sempre que houver, simultaneamente, nos termos dos incisos I e II, do dispositivo supra, “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito” e “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”.

Adiciona-se a esses requisitos um terceiro, de natureza negativa, consistente na inexistência de afetação, pelos Tribunais Superiores, de “recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva” (artigo 976, §4º, do CPC) (Mendes, 2017)⁴.

Basicamente são duas fases de julgamento, sendo a primeira, nos termos do artigo 981 do CPC, referente ao juízo de admissibilidade do IRDR, mediante a análise dos requisitos dispostos no artigo 976 do CPC e à qual se adiciona às providências do artigo 982 do CPC; passando por uma etapa de preparação do julgamento de mérito que intercala as fases decisórias propriamente ditas e que se destina à instrução do incidente, nos termos do artigo 983 do CPC; e finalizando com o julgamento do mérito do IRDR (artigo 984 do CPC).

⁴ Tem-se discutido sobre a existência ou não de um quarto requisito, referente à existência de causa pendente no Tribunal, o que tem implicações, por exemplo, na instauração direta de incidente a partir de causa pendente de julgamento em primeira instância, além do cabimento ou não do IRDR oriundo de processo que tramite no sistema dos Juizados Especiais.

Ao final, formula-se uma ou mais teses jurídicas, dotadas de eficácia vinculativa, nos termos do artigo 985, do CPC, para processos pendentes e futuros sobre a mesma questão de direito decidida no incidente.

Conforme já delineado em momento anterior, o IRDR está inserido no âmbito de um microssistema processual destinado à resolução de demandas repetitivas, conforme aponta a redação do artigo 928, do Código de Processo Civil (Brasil, 2015). Tais mecanismos reúnem duas destinações precípuas, quais sejam: a de (i) gerir casos repetitivos; e a de (ii) formar precedentes obrigatórios (Didier Jr.; Cunha, 2017, p. 673).

O Incidente de Assunção de Competência (“IAC”), apesar de também formar o grupo dos chamados precedentes obrigatórios (rol do artigo 927 do CPC), não se enquadraria no primeiro requisito acima disposto, pois não há previsão de sobrestamento de processos que envolvem a mesma questão a ser resolvida no IAC.

A existência do microssistema de resolução de demandas repetitivas *stricto sensu* possibilita a configuração de normas próprias, comuns aos instrumentos que o compõem e que se complementam e se integram sempre que necessário⁵.

Todavia, existem diferenças importantes entre o IRDR e os recursos repetitivos. A primeira delas é a legitimidade para instauração dos instrumentos, uma vez que no IRDR há um rol com diversos legitimados, enquanto a afetação de um recurso repetitivo é bem mais restrita, cabendo somente ao presidente ou vice-presidente de Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional Federal ou o próprio relator em tribunal superior requerer a afetação de recursos representativos (artigo 1.036 do CPC) (Brasil, 2015).

Outra diferença é que, apesar de também existir uma espécie de exame de admissibilidade dos recursos repetitivos, nos termos do artigo 1.037, do CPC, este é realizado monocraticamente, pelo relator, e não pelo órgão colegiado, como ocorre no IRDR.

Por fim, enquanto nos recursos repetitivos há o julgamento simultâneo do recurso e da questão objetiva em análise, no IRDR há um desmembramento entre a questão afetada e a causa pendente, o que sugere a diferença de natureza entre os instrumentos, sendo o IRDR um procedimento-modelo e os recursos repetitivos causa-piloto (Cavalcanti, 2016, p.228).

⁵ Nesse sentido, foi redigido o enunciado de número 345 do FPPC: O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microssistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente.

4.1 O “novo” papel do judiciário no procedimento do IRDR

No que se refere à competência para o julgamento do IRDR, consta no artigo 978 do CPC que “O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal”.

A princípio, interpreta-se que o cabimento do IRDR é exclusivo nos Tribunais Estaduais e Regionais, pela dicção dos artigos 982, I e 985, I, do CPC, quando utilizam os termos “Estado” e “região”.

Igualmente, no processo legislativo de criação do CPC/15 há indícios de que esta seria a leitura mais adequada, conforme constava expressamente na versão do PL 8.046/2010, em seu artigo 988, §1º, que o IRDR deveria ser instaurado em Tribunal de Justiça ou em Tribunal Regional Federal.

Além do mais, não há qualquer disposição sobre a suscitação do IRDR no âmbito dos regimentos internos tanto do STF quanto do STJ.

Todavia, como o texto do CPC/15 que veio a lume não manteve a disposição original do PL 8.046/2010, há uma certa vagueza sobre a competência para o julgamento do IRDR, o que já levantou defensores da possibilidade de instauração do incidente diretamente nos Tribunais Superiores (Didier Jr.; Cunha, 2017, Roque, 2017).

Instado a se manifestar sobre a questão, quando do julgamento do AgInt na Pet 11.838 – relatado inicialmente pela Ministra Laurita Vaz, mas cujo acórdão foi relatado pelo Ministro João Otávio de Noronha, que conduziu o voto vencedor, no âmbito da Corte Especial –, o STJ concluiu que a instauração do IRDR diretamente nesse tribunal é cabível apenas nos casos de competência recursal ordinária e de competência originária, desde que preenchidos os requisitos do art. 976 do CPC.

Não obstante, também há discussão sobre o cabimento do IRDR no sistema dos juizados especiais. Respeitando-se entendimentos contrários, entende-se que há possibilidade de instauração de incidente a partir de processo provenientes dos juizados, com possibilidades de julgamento pelo próprio tribunal ou por órgão de uniformização do próprio sistema dos juizados. Caso a matéria for de competência concorrente entre Justiça Comum e Juizados Especiais, mas inexistindo IRDR no tribunal, ou se a matéria for de competência exclusiva dos Juizados, entende-se que o IRDR pode ser suscitado, processado e julgado por órgãos do próprio sistema dos Juizados (Oliveira, 2019, Zufelato, Borges, 2020).

Todavia, não é a disciplina da competência de órgãos do Poder Judiciário que mais chama atenção em se tratando de IRDR. Ganha mais relevância do que isso o “novo” papel conferido pelo código aos juízes e relatores, a partir da legitimidade para instauração do incidente prevista no seu artigo 977, o qual prevê que “O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: I - pelo juiz ou relator, por ofício; II - pelas partes, por petição; III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição”.

Trata-se de uma disposição já notada dentre mecanismos de padronização decisória e que se afasta da sistemática do processo coletivo, que no Brasil adota a legitimidade concorrente disjuntiva prevista em lei, mas que não contempla membros do Poder Judiciário.

Nos recursos repetitivos, apesar de não haver uma propositura direta por juízes ou relatores dos Tribunais Estaduais ou Regionais Federais, prevê-se a possibilidade de afetação pelo presidente ou vice-presidente de Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional Federal, ou o próprio relator em tribunal superior (artigo 1.036 do CPC), em casos nos quais houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito.

Igualmente no IAC há uma sistemática próxima, segundo a qual o relator poderá propor (provocado ou de ofício) o julgamento, pelo órgão colegiado que o regimento indicar, de recurso, remessa necessária ou processo de competência originária que envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, porém sem repetição em múltiplos processos.

Todavia, isso não se verifica no *Musterverfahren*, instrumento alemão mencionado na Exposição de Motivos como fonte de inspiração do IRDR (Brasil, 2010, p.15), o qual não atribui aos juízes legitimidade para instauração. De fato, tanto no âmbito administrativo e social, quanto no âmbito do mercado de capitais, cabe somente às partes formularem o pedido de instauração do procedimento modelo (Mendes, 2017, p. 126).

Enfim, trata-se de uma função interessante e até mesmo inovadora, que também reflete em um novo papel aos juízes e relatores, com grande potencial para ser utilizado como ferramenta de gerenciamento de processos.

De qualquer modo, não se acredita que o fato de se ter conferido legitimidade aos membros do Poder Judiciário para a suscitação de IRDR seja, *per si*, um problema, considerando que instrumentos com finalidades de uniformização de jurisprudência ou uniformização decisória também contêm a possibilidade de afetação de casos por iniciativa de relatores. Problema haverá se essa atribuição for utilizada como um mecanismo exclusiva ou

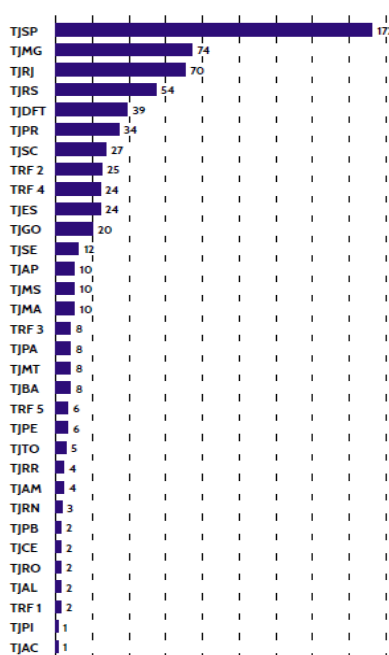
predominantemente de gestão, passando a interferir na admissão dos incidentes de acordo com o interesse em julgar ou não certas causas, o que pode impactar também na forma de julgamento do mérito desses IRDR's que são suscitados por membros do Poder Judiciário e julgados pelos Tribunais.

5 ABORDAGEM EMPÍRICA DA INFLUÊNCIA DOS ATORES ENVOLVIDOS NO IRDR

O Observatório Brasileiro do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas fornece subsídios para análises sob diferentes perspectivas, acerca da aplicação do IRDR pelos Tribunais. O I Relatório do Observatório (Zufelato *et al.*, 2019) traz um compilado de informações que podem ser conferidas na base de dados mantida no sítio do Observatório⁶, que inicialmente contém os dados de incidentes com julgamento de admissibilidade e de mérito realizados entre 18 de março de 2016 e 15 de junho de 2018, primeiros anos da vigência do CPC/15.

De início, é interessante trazer o contexto geral dos incidentes instaurados, em números absolutos relativos a cada tribunal brasileiro da Justiça Estadual e da Justiça Federal, conforme gráfico a seguir disposto:

Gráfico 1 – Número absoluto de incidentes com julgamento de admissibilidade realizado até 15/06/2018



Fonte: I Relatório do Observatório de IRDR's, (Zufelato *et al.*, 2019, p. 27).

⁶ Disponível em: <http://www.observatorioirdr.direitorp.usp.br/>

A análise numérica do gráfico acima destaca a quantidade destoante de incidentes instaurados no Tribunal de Justiça de São Paulo, comparado aos demais tribunais (o que, todavia, pode estar relacionado ao tamanho do tribunal bandeirante), enquanto se observa a manutenção de uma proporção entre a quantidade de incidentes suscitados e o porte dos tribunais, salvo exceções.

Além disso, é interessante examinar a decomposição dos dados absolutos nas informações sobre o número de incidentes propostos, admitidos e julgados pelos tribunais, conforme tabela abaixo disposta:

Tabela 2. Proporção de incidentes admitidos e julgados no mérito

Tribunal	IRDRs suscitados	IRDRs admitidos	IRDRs com mérito julgado	Proporção de julgados/ admitidos
TJAC	1	0	0	
TJAL	2	0	0	
TJAM	4	4	1	25%
TJAP	10	4	3	75%
TJBA	8	6	0	
TJCE	2	2	1	50%
TJDFT	39	11	5	45%
TJES	24	11	6	55%
TJGO	20	5	1	20%
TJMA	10	6	2	33%
TJMG	74	36	17	47%
TJMS	10	2	0	
TJMT	8	2	0	
TJPA	8	2	0	
TJPB	2	1	0	
TJPE	6	4	0	
TJPI	1	0	0	
TJPR	34	12	0	
TJRJ	70	13	5	38%
TJRN	3	0	0	
TJRO	2	2	0	
TJRR	4	1	0	
TJRS	54	7	4	57%
TJSC	27	15	4	27%
TJSE	12	5	3	60%
TJSP	172	18	8	44%
TJTO	5	1	0	
TRF 1	2	2	1	50%
TRF 2	25	2	0	
TRF 3	8	1	0	
TRF 4	24	20	6	30%
TRF 5	6	2	1	50%
Total geral	677	197	68	35%

Fonte: Observatório Brasileiro de IRDR's (Zufelato *et al.*, 2019).

Da tabela acima, podemos extrair informações ricas, como a proporção de incidentes julgados, dentre os admitidos. De fato, percebe-se uma média de 35% (trinta e cinco por cento) de proporção global de julgamento de mérito dentre os incidentes admitidos no período analisado, observando-se grande variação entre os tribunais. Esse dado deve ser interpretado com ressalvas, entretanto, haja vista que a quantidade de incidentes admitidos em alguns tribunais é baixa, o que impossibilita uma comparação mais adequada com outros tribunais, que admitiram muitos incidentes.

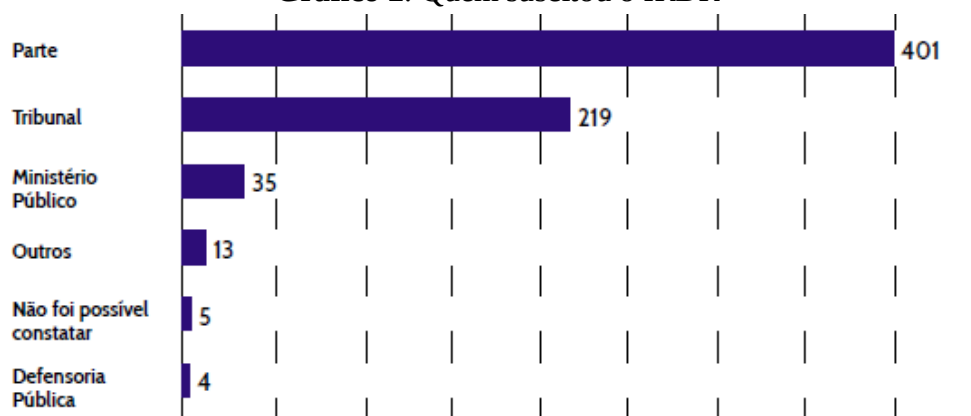
Outro dado interessante que se extrai da tabela é a diferença entre a proporção de incidentes admitidos e inadmitidos entre os tribunais: enquanto alguns tribunais se destacam por ter uma quantidade de IRDRs inadmitidos bem superior aos admitidos, a exemplo do TJSP, TJRJ, TJRS e TRF2, de forma totalmente contrária, o TRF4 se destaca por ter uma proporção bem maior de incidentes admitidos. No geral, a proporção de admitidos se aproxima de 70% (setenta por cento); enquanto inadmitidos, 30% (trinta por cento).

Feitas essas considerações, passa-se a cruzar alguns dados relacionados aos incidentes nos tribunais e a natureza dos atores que suscitaram os IRDR's.

5.1 Panorama Geral dos IRDR's suscitados, admitidos e julgados até 15/06/2018 nos tribunais estaduais e regionais federais, por legitimados

Conforme abordado anteriormente, o CPC/15 traz um rol de legitimados para a suscitação do IRDR. Nos moldes do artigo 977, podem suscitar o incidente o juiz ou relator, as partes, o Ministério Público ou a Defensoria Pública.

Uma primeira abordagem a ser feita diante do número global de incidentes instaurados é a parcela de incidentes por cada categoria de legitimados, nos termos do gráfico abaixo:

Gráfico 2. Quem suscitou o IRDR

Fonte: I Relatório do Observatório de IRDR's, (Zufelato *et al.*, 2019, p. 58).

Pelo que se nota, quanto aos incidentes cujo exame de admissibilidade foi feito até 15/06/2018, a maioria dos requerimentos de instauração foi feita a partir de partes de processos.

A categoria “tribunal” reúne tanto os casos de propositura por juízes quanto por relatores, além de outros órgãos dos tribunais, como câmaras e turmas de uniformização. De fato, trata-se de uma ampliação da hipótese de instauração a requerimento do relator, para abranger a iniciativa dos órgãos colegiados quando do julgamento de recursos, remessa necessária ou processo originário, o que não está previsto no artigo 977, I, do CPC.

Indo além, apesar da redação expressa do referido dispositivo legal, de que “o pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal pelo juiz ou relator, por ofício”, alguns Regimentos Internos criaram regras e procedimentos diferentes para a suscitação do incidente.

Nesse sentido, por exemplo, o Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5), em seu artigo 95⁷, prevê que o pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente do tribunal depois de aprovada a sua suscitação no órgão julgador (Turma ou Plenário). No mesmo sentido, igualmente o artigo 169, XXXIII, do Regimento Interno do TJRS⁸.

Aliás, no âmbito do Mandado de Segurança nº 0155197-79.2016.8.21.7000, em que o relator tentou suscitar diretamente o IRDR ao Presidente do TJRS, com base na leitura do *caput*

⁷ Art. 95. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal *depois de aprovada a sua suscitação no órgão julgador (Turma ou Plenário)*: I - pelo juiz ou relator, por ofício; II - pelas partes, por petição; III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição. Parágrafo único. O ofício ou a petição serão instruídos com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente. (grifo nosso).

⁸ Artigo 169. Compete ao relator: [...] XXXIII - Propor à Câmara ou ao Grupo seja submetido a julgamento pelas Turmas ou pelo Grupo o incidente de uniformização da jurisprudência do Tribunal de Justiça, o incidente de resolução de demandas repetitivas ou o incidente de assunção de competência.

e inciso I, do artigo 977, do CPC, o Presidente decidiu pela necessidade de juízo prévio do órgão colegiado, indeferindo o pedido de instauração do incidente, com fundamento no Regimento Interno.

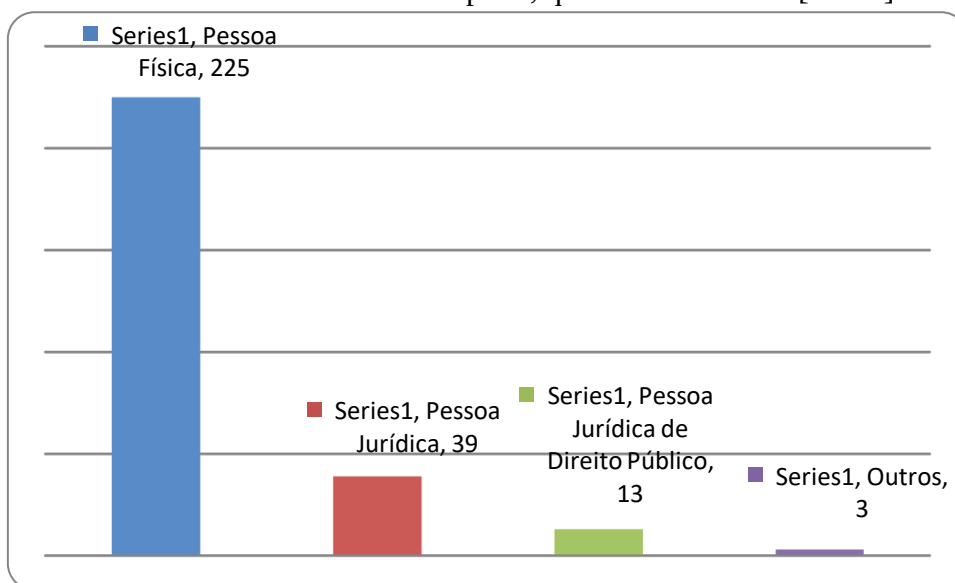
Tal entendimento e tais regras não devem prevalecer, porquanto nenhuma disposição regimental pode afrontar previsão expressa do Código de Processo Civil, o qual possibilita a realização de pedido de instauração pelo próprio relator do recurso, não necessitando de que tal seja feito por decisão colegiada (Oliveira, 2019, p. 135).

Voltando ao gráfico disposto acima, verifica-se a existência de uma categoria rotulada como “outros”. Trata-se de hipóteses de suscitação de incidentes por pessoa física que não era parte em nenhum processo, advogados, associações e entes públicos⁹. São casos interessantes e se referem a duas hipóteses: incidente suscitado sem nenhum processo subjacente, ou seja, de forma autônoma; ou quando o suscitante não faz parte de um processo, mas se utiliza de um já em curso para requerer a instauração do incidente (Zufelato *et al.*, 2019).

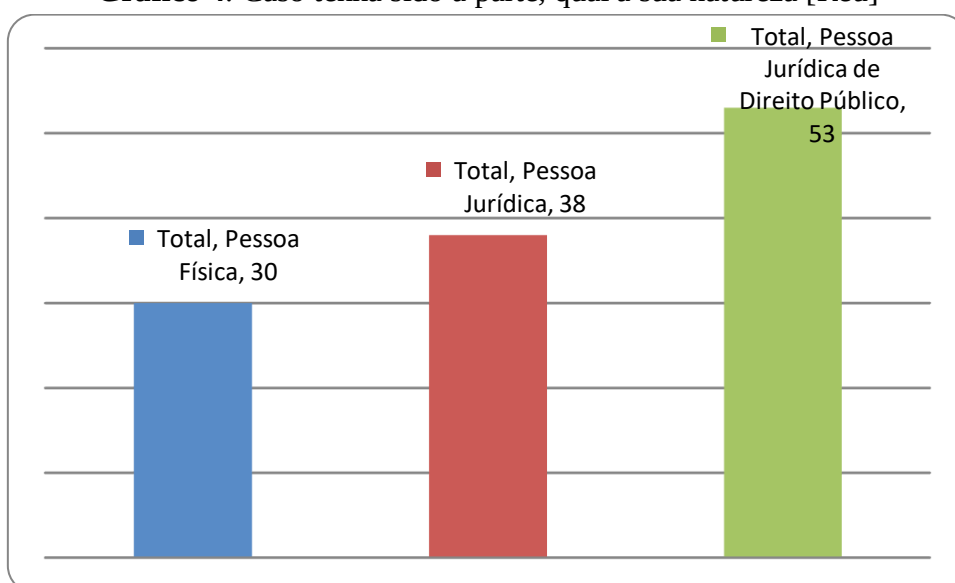
Além disso, conquanto importantes atores no cenário do processo coletivo, Ministério Público e Defensoria Pública pouco têm suscitado IRDR's. Além disso, sua participação no número de incidentes suscitados, enquanto instituições (ou seja, instauração autônoma em incidente em que tais instituições não são partes nos processos originários), ainda é muito pouco representativa (Zufelato *et al.*, 2019).

Sobre os dados dos suscitantes e especificamente quando se trata de parte em processo que requereu a instauração do IRDR, é interessante examinar a natureza da parte, o que pode ser detectado nos gráficos a seguir dispostos:

⁹ Em suma, essa opção foi assinalada quando o IRDR foi suscitado por advogados, nos autos de nº 5181041.90.2017.8.09.0000 e 5301793-91.2017.8.09.0000 (TJGO); 0025164-87.2016.8.16.0000 (TJPR); 0202532-94.2016.8.21.7000 (TJRS); associações que não eram integrantes do processo originário, nos autos de nº 0029202-27.2017.8.19.0000 (TJRJ); 2038304-10.2018.8.26.0000 (TJSP); e suscitantes eventuais que não participavam do processo no âmbito do qual foi instaurado o IRDR: Estado do Goiás 5011503-14.2017.8.09.0000 (TJGO) e 0110797-61.2016.8.09.0000 (TJGO); Estado de Santa Catarina: 1001312-92.2016.8.24.0000 (TJSC); Estado do Sergipe: 0009178-10.2017.8.25.0000 (TJSE); Município Novo Planalto: 5301793-91.2017.8.09.0000 (TJGO); Fazenda Nacional: 0017610-97.2016.4.03.0000 (TRF3); Pessoa física: 0000560-25.2016.8.03.0000 (TJAP).

Gráfico 3. Caso tenha sido a parte, qual a sua natureza [Autor]

Fonte: Observatório Brasileiro de IRDR's (Zufelato *et al.*, 2019).

Gráfico 4. Caso tenha sido a parte, qual a sua natureza [Réu]

Fonte: Observatório Brasileiro de IRDR's (Zufelato *et al.*, 2019).

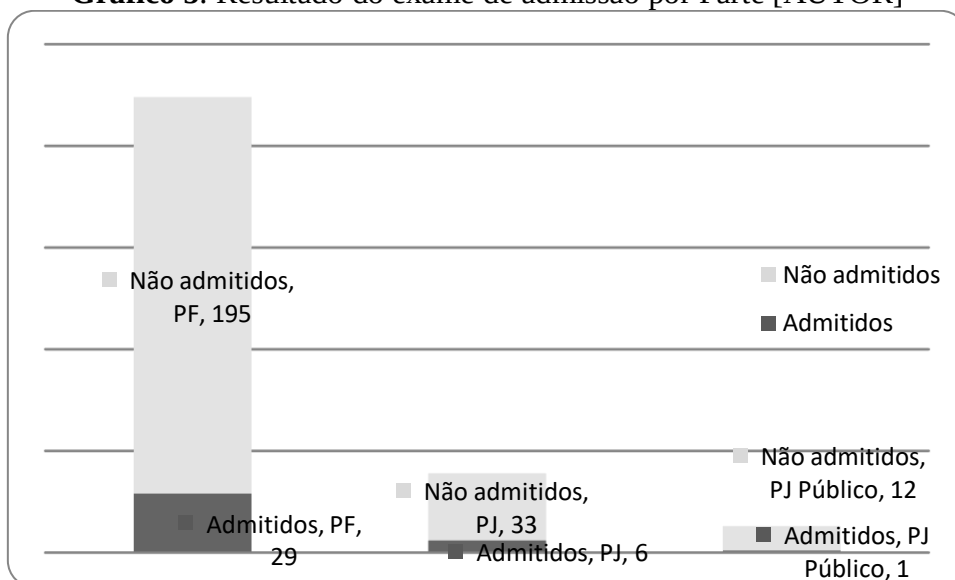
De acordo com Zufelato *et al.* (2019), sobre o campo “outros” do primeiro gráfico, seus dados dizem respeito aos casos em que não foi possível classificar as partes de acordo com a sua natureza jurídica, como na situação dos condomínios (0017566-97.2017.8.07.0000, TJDF; 2214006-38.2016.8.26.0000, TJSP) e do espólio (São Paulo, 2016). 2222143-09.2016.8.26.0000, TJSP).

Interpretando os gráficos, observa-se que as pessoas físicas, consideradas litigantes eventuais, costumam suscitar IRDR's quando se encontram no polo ativo das ações. Já as pessoas jurídicas (de direito público e de direito privado), comumente relacionadas como

litigantes repetitivos, suscitam com maior frequência quando ocupam o polo passivo das demandas originárias (Zufelato *et al.*, 2019).

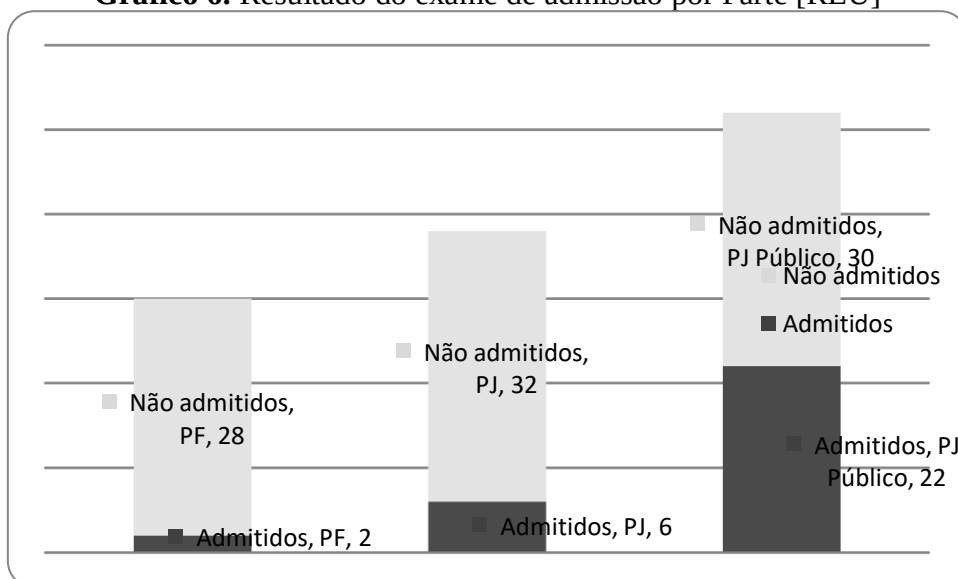
Quanto ao sucesso em se emplacar os incidentes propostos, igualmente é possível realizar uma análise separada de acordo com a posição da parte, se autor ou réu. Vejamos:

Gráfico 5. Resultado do exame de admissão por Parte [AUTOR]



Fonte: Observatório Brasileiro de IRDR's (Zufelato *et al.*, 2019).

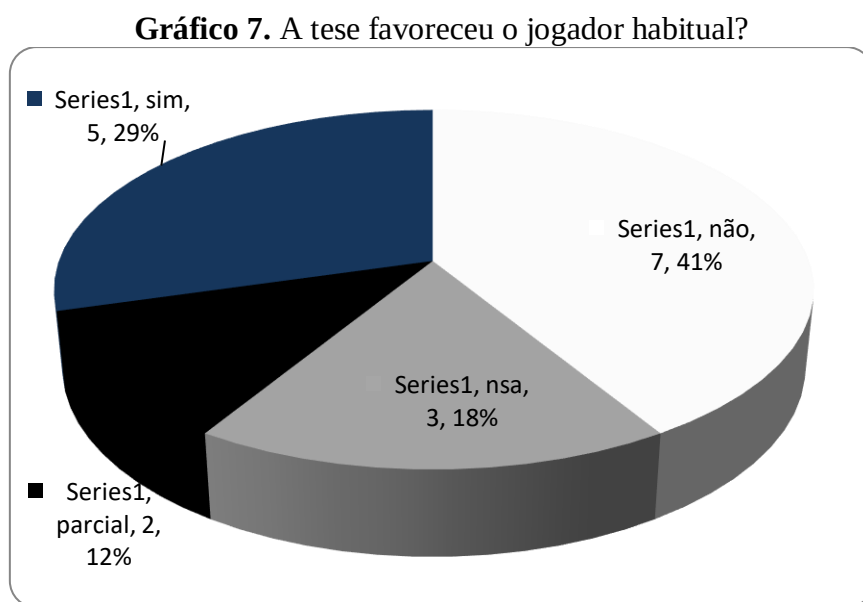
Gráfico 6. Resultado do exame de admissão por Parte [RÉU]



Fonte: Observatório Brasileiro de IRDR's (Zufelato *et al.*, 2019).

Pela análise dos gráficos, percebe-se que as pessoas físicas, as quais se enquadram na tipologia de Galanter (2018), como Participantes Eventuais (“PE”), raramente conseguem que seus incidentes sejam admitidos, nem quando são autores, nem quando são réus, nos processos originários. A porcentagem de sucesso é consideravelmente maior quando os suscitantes são jogadores habituais (“JH”), notadamente quando são pessoas jurídicas de Direito Público na qualidade de réus.

Indo além, em uma análise sobre as teses firmadas em incidentes suscitados pelas partes, cujo campo amostral é pequeno – apenas 17 (dezessete) incidentes –, verifica-se que há um equilíbrio entre o número de teses que favoreceram total ou parcialmente os jogadores habituais e as teses que não favoreceram os mesmos, vejamos:



Fonte: Observatório Brasileiro de IRDR's (Zufelato *et al.*, 2019).

Como se vê, um exame sobre as teses fixadas permite afirmar que em 41% (quarenta e um por cento) dos IRDR's suscitados por partes o resultado não foi favorável ao jogador habitual, mesma porcentagem da soma do percentual de teses que favoreceram integral – 29% (vinte e nove por cento) – ou parcialmente – 12% (doze por cento) os jogadores habituais. O restante, 18% (dezoito por cento) se referem a teses de conteúdo processual em que não foi possível atrelar diretamente uma classe de favorecido, dentro da tipologia ora adotada.

Tais constatações podem indicar a hipótese de que o IRDR tem servido estrategicamente para a defesa de interesses dos litigantes repetitivos, por meio da escolha de casos pontuais ou ainda pelo receio na utilização deste mecanismo, mediante a aplicação conjunta das diferentes formas de atuação já mencionados anteriormente (institucional, legislativa etc.).

Todavia, o que mais chamou atenção no exame do cruzamento dos dados dos incidentes suscitados por categoria de legitimados e o resultado do julgamento, foi a considerável superioridade com que houve admissão dos incidentes suscitados por membros dos tribunais, o que sugere constatações interessantes e até mesmo surpreendentes, as quais podem demonstrar a uma tendência de utilidade do IRDR como mecanismo de gerenciamento de processos pelos tribunais, conforme se passa a expor.

5.2 Análise sobre os incidentes suscitados por membros dos tribunais e seus resultados

O cruzamento dos dados do resultado do julgamento de mérito com os legitimados que propuseram os incidentes pode ser resumido na seguinte tabela:

Tabela 3. Resultado do julgamento de mérito x legitimados

	Admitido	Convertido em diligência	Extinto	Não admitido	Não conhecido	Prejudicado	Suspenso	Total geral
Parte	66	1	4	320	4	5	1	401
Tribunal	121		1	88	2	7		219
MP	5			29	1			35
Outros	2			11				13
NFPC	1		1	3				5
Defensoria	2			2				4
Total geral	197	1	6	453	7	12	1	677

Fonte: I Relatório do Observatório de IRDR's, (Zufelato *et al.*, 2019, p. 60).

Os dados coletados apontam que, embora sejam as partes que suscitem com maior frequência a instauração do IRDR, são os membros dos tribunais que têm obtido a maior parte das decisões favoráveis à admissibilidade do incidente.

Com efeito, do total de incidentes admitidos no período analisado, 61% (sessenta e um por cento) foram suscitados pelos membros dos tribunais, incluindo relatores, câmaras ou órgãos dos tribunais e juízes de primeira instância. De outra banda, embora as partes tenham sido responsáveis por suscitar a maior parte dos IRDR's analisados, apenas conseguiram emplacar 33% (trinta e três por cento) do total de casos admitidos.

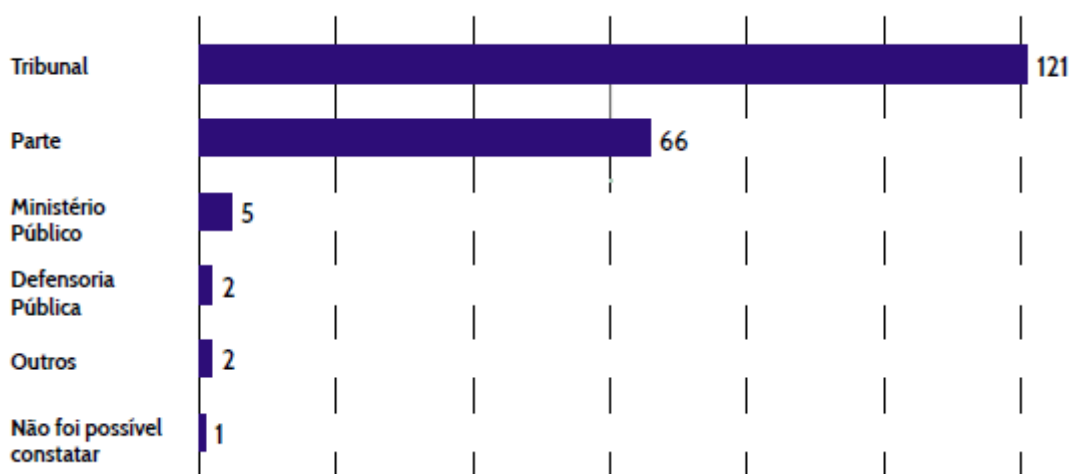
O porcentual de “sucesso” dos membros do tribunal no pleito de levar determinada questão jurídica a ser julgada pelo rito do IRDR, quando se compara os números de incidentes

admitidos com os não admitidos, é de aproximadamente 60% (sessenta por cento), enquanto o mesmo índice das partes é de apenas 17% (dezessete por cento).

É importante também ressaltar que o grande número de inadmissões em incidentes propostos pelas partes está relacionado à impropriedade técnica com que se tem utilizado o instrumento, em casos de pedido de instauração que não guardam pertinência com o escopo do instituto – nota-se muitas inadmissões de incidentes requeridos pelas partes por ausência de causa pendente, sendo grande a quantidade de incidentes suscitados como sucedâneos recursais, ou seja, como nova tentativa de mera rediscussão da matéria após o julgamento do recurso proposto no tribunal (Zufelato, Oliveira, 2019, p.1-30).

O contexto do número de incidentes admitidos por legitimados fica bem demonstrado no gráfico abaixo:

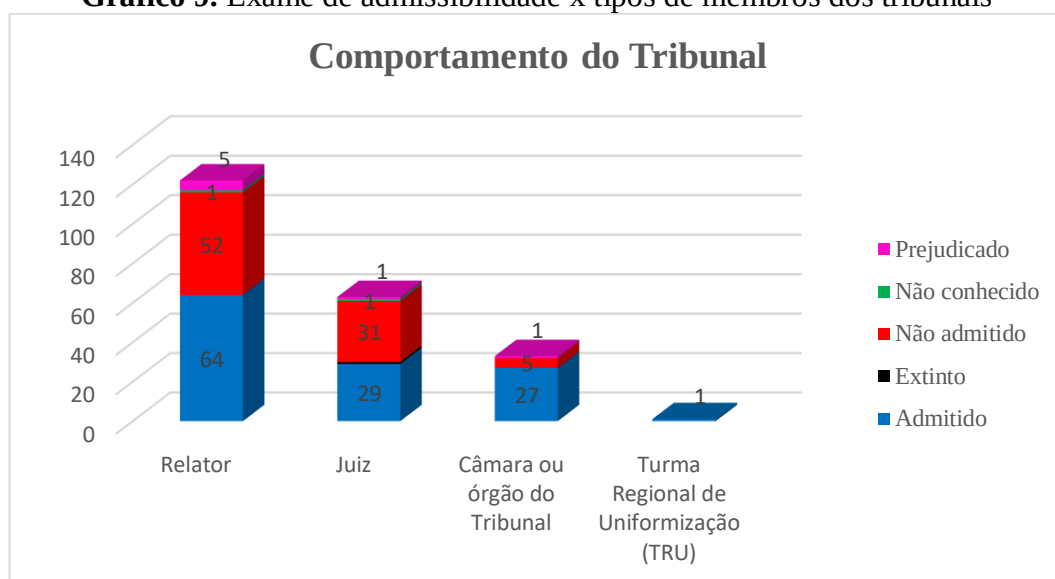
Gráfico 8. Número de incidentes admitidos x legitimados



Fonte: I Relatório do Observatório de IRDR's, (Zufelato *et al.*, 2019, p. 61).

Portanto, além de haver um maior número absoluto de incidentes admitidos provenientes de iniciativa dos membros do tribunal, a proporção de sucesso de tais iniciativas é bem maior quando se compara com outros legitimados, como as partes originárias no processo que deu origem ao IRDR.

Aproximando-se a lupa sobre os dados referentes aos membros do Judiciário, outras interessantes constatações podem ser feitas, partindo-se da decomposição do resultado do exame de admissibilidade dos incidentes e os diferentes tipos de propositores. Vejamos:

Gráfico 9. Exame de admissibilidade x tipos de membros dos tribunais

Fonte: Observatório Brasileiro de IRDR's (Zufelato *et al.* 2019).

Os dados revelam que a maior parte dos incidentes suscitados por membros do tribunal origina-se de requerimentos dos relatores, o que pode indicar uma atuação estratégica para lidar com o alto número de recursos que eles costumam julgar em relação àquela matéria (Zufelato, Oliveira, 2019, p.1-30).

Por outra abordagem, constata-se que os juízes são aqueles que conseguem a menor proporção de êxito na admissão de incidentes que eles propõem – aproximadamente 46% (quarenta e seis por cento), enquanto as câmaras ou órgãos do tribunal contam com um percentual de admissibilidade superior aos 80% (oitenta por cento). Já os relatores conseguem emplacar pouco mais da metade dos IRDR's suscitados – 52% (cinquenta e dois por cento).

Isso reforçaria a hipótese de que o IRDR estaria sendo utilizado estrategicamente muito mais pelos tribunais do que pelas partes, como forma de gerenciamento de demandas e uniformização de jurisprudência, ainda mais quando se verifica que as próprias câmaras ou órgãos de julgamento têm escolhido os casos que servirão de base para o procedimento de formação da tese jurídica. Outros membros dos tribunais, como juízes e relatores, verdadeiros legitimados pelo artigo 977 do CPC, não tem o mesmo nível de aceitação dos incidentes para julgamento de mérito.

Considerando a premissa de que pode estar havendo um uso estratégico, portanto, pelo Poder Judiciário na escolha dos casos para julgamento pela sistemática do IRDR, inquirindo-se quais matérias têm sido selecionadas nesse contexto, seria possível confirmar que as matérias mais selecionadas pelos membros dos tribunais são aquelas que têm mais impacto com o

gerenciamento de demandas, porquanto relacionadas com tipos de matérias com mais repetitividade, vejamos:

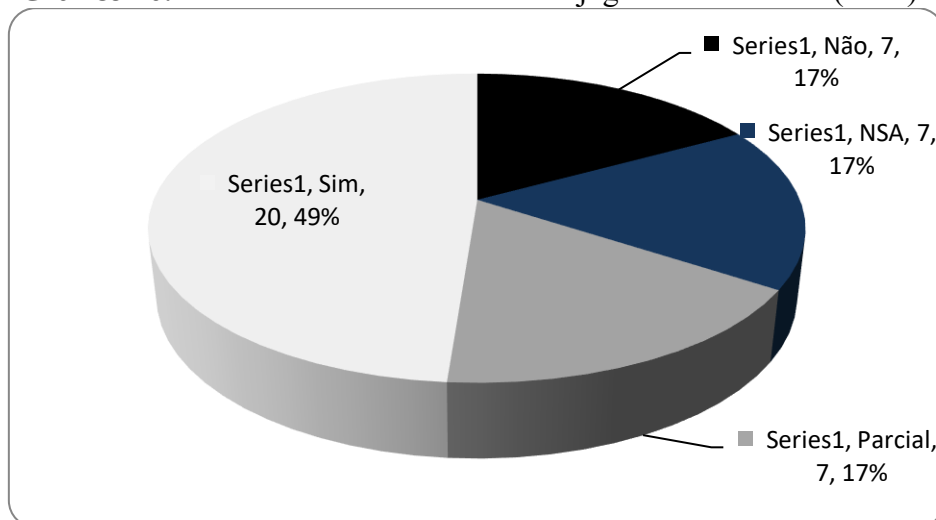
Tabela 4. Incidentes propostos por membros dos tribunais x matéria

Matéria	Total de Admitidos
Administrativo	48
Administrativo, Ambiental	1
Administrativo, Civil	1
Administrativo, Constitucional	1
Administrativo, Previdenciário	3
Administrativo, Processual	1
Civil	8
Consumidor	5
Consumidor, Civil	2
Previdenciário	4
Previdenciário, Civil	1
Previdenciário, Constitucional	1
Processual	31
Processual, Empresarial	1
Processual, Penal	1
Tributário	9
Tributário, Administrativo	1
Tributário, Processual	2
Total geral	121

Fonte: Observatório Brasileiro de IRDR's (Zufelato *et al.* 2019).

Indo adiante, mais impactante é o resultado do cruzamento dos dados dos incidentes propostos por membros dos tribunais e o resultado da tese, quando se procura entender se o julgamento favoreceu ou não jogadores habituais envolvidos. Vejamos:

Gráfico 10. A tese firmada é favorável aos jogadores habituais (“JH”)?



Fonte: Observatório Brasileiro de IRDR's (Zufelato *et al.* 2019).

O gráfico mostra que quase a metade do total de 41 (quarenta e um) incidentes suscitados por membros dos tribunais consistiu em teses que favoreceram integralmente os jogadores habituais, além de mais 17% (dezessete por cento) que favoreceu parcialmente aquela classe. Apenas em 17% (dezessete por cento) das teses os favorecidos foram os litigantes ocasionais. Os outros 17% (dezessete por cento) representam situações primordialmente processuais em que não foi possível apontar diretamente algum tipo de classe favorecida.

Desse modo, além da eventual utilização estratégica dos tribunais do IRDR como mecanismo de gerenciamento de demandas e uniformização de jurisprudência, surpreende o fato de que o julgamento dos casos que tais suscitantos têm favorecido largamente os jogadores habituais, o que, em uma análise inicial corrobora argumentos de que o sistema de justiça realmente é uma arena que favorece o interesse de “quem tem”, que são as grandes organizações, privadas ou públicas, inclusive o próprio Estado.

6 CONCLUSÃO

O CPC/15 apostou na complementação dos mecanismos de resolução de demandas repetitivas que já existiam, como os recursos repetitivos, mediante a criação do IRDR. Trata-se de uma pauta efficientista, preocupada principalmente com a redução do número dos processos.

O IRDR tem um grande potencial de ser utilizado estrategicamente pelos jogadores habituais ou em seu favor, enquadrando-se também no contexto de vantagens que esta categoria de atores comumente possui.

O olhar empírico permite perceber que o IRDR tem sido mais proposto pelas partes em processos na origem, principalmente pessoas físicas, as quais suscitam em grande quantidade, porém sem muita pertinência com o escopo do instituto – nota-se muitas inadmissões de incidentes requeridos pelas partes por ausência de causa pendente, sendo grande a quantidade de incidentes suscitados como sucedâneos recursais, ou seja, como nova tentativa de mera rediscussão da matéria após o julgamento do recurso proposto no tribunal.

Já as pessoas jurídicas (tanto as de direito público quanto as de direito privado), costumeiramente classificadas como jogadores habituais, verifica-se que essas suscitaram IRDR's majoritariamente quando ocupavam o polo passivo da demanda originária, o que pode sugerir a utilização do instrumento uma estratégia de defesa dos litigantes repetitivos.

No entanto, o maior índice de sucesso na admissão dos incidentes pertence aos membros dos tribunais, os quais tiverem legitimidade conferida pelo CPC/15 para suscitar o IRDR, por meio do juiz ou do relator (art. 977, I).

Todavia, mesmo sem legitimidade atribuída pelo CPC, câmaras e outros órgãos colegiados dos tribunais têm instaurado a maior proporção dos IRDR's que são admitidos, caracterizando uma atuação protagonista do próprio Poder Judiciário na escolha dos casos que devem ser julgados segundo o rito do IRDR.

Além da estratégica utilização do IRDR pelos tribunais como mecanismo de gerenciamento de demandas e uniformização de jurisprudência, identificou-se que a maioria das teses firmadas nos incidentes suscitados pelos membros dos tribunais tem favorecido os jogadores habituais, o que confirma a tese de que “quem tem” é favorecido por nosso sistema de Justiça.

REFERÊNCIAS

AMARAL, G. R. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. **Revista de Processo**. São Paulo, a. 36, v. 196, p. 238-274, jun/2011.

ASPERTI, M. C. de A. **Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas de demandas repetitivas: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 66-68

BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília, DF. Diário Oficial, 16 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 24 mar. 2024.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto do Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto**. Brasília: Senado Federal, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt na Pet 11.838**, Relator para Acórdão: Ministro João Otávio de Noronha, julgamento em 07 de agosto de 2019, Corte Especial. 2019.

CARVALHO, N. B. de. **O comportamento dos jogadores repetitivos e dos participantes eventuais no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: uma análise empírica**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2019. 151p.

CAVALCANTI, M. A. de. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016.

CUNHA, L. G.; GABAY, D. M. (Orgs.). **Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no judiciário: uma análise empírica**. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1.

DIDIER JR; F. CUNHA, L. C. da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. v. 3. 14. ed. ref. Salvador: Juspodivm, 2017.

FELSTINER, W. L. F. The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claming. *Law & Society Review*. 631, 1980-1981.

GABBAY, D. M.; COSTA, S. H. da; ASPERTI, M. C. A. Acesso à Justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 6, n. 3, set./dez. 2019.

GALANTER, M. Why the “Haves” Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law & Society Review*, v. 9, p. 95–160, 1974.

GALANTER, M. **Por que “quem tem” sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no direito**. São Paulo: FGV Direito SP, 2018. 150 p. – (Coleção acadêmica livre).

MANCUSO, R. de C. **Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva: A luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, **Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, A. G. de C. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2017.

NEVES, D. A. A. **Manual de Direito Processual Civil** – volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA, F. A. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: teoria, contexto e aplicação**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019.

RODRIGUES, R. de A. R. **Ações repetitivas o novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos**. Curitiba: Juruá, 2013.

ROQUE, A. Comentários aos artigos 976 a 987 do CPC. In: GAJARDONI, F. da F. *et al.* **Execução e recursos: comentários ao CPC de 2015**. São Paulo: Método, 2017.

ROSSI, J. C. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o Novo CPC: Das Inadequações às Inconstitucionalidade**. Curitiba: Juruá, 2016.

SANTOS, B. de S.; MARQUES, M. M. L.; PEDROSO, J. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. Publicação seriada do Centro de Estudos Sociais, n. 65, nov. 1995.

SILVA, P. E. A. **Gerenciamento de Processos Judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

WATANABE, K. *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 2.

ZUFELATO, C.; OLIVEIRA, F.A.; PRADO, A. C. C.; CAVALLO, B. M.; SILVA, R. C.; CARVALHO, N. B. de; BORGES, G. T. O. **I Relatório de Pesquisa - Observatório Brasileiro de IRDRs**. 2019. v. 1. 153p.

ZUFELATO, C.; OLIVEIRA, F. A. Perfil dos suscitantes do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - uma análise empírica. **Revista eletrônica de direito processual**, v. 21, p. 1-30, 2019.

ZUFELATO, C.; BORGES, G. T. de O. Aplicabilidade do IRDR no sistema dos Juizados Especiais: aspectos controvertidos. **Revista de Processo**, v. 307, p. 223-244, 2020.

AS POLÍTICAS DE INCENTIVO FISCAL DA ENERGIA SOLAR NO BRASIL: UMA ANÁLISE ACERCA DOS EXEMPLOS IMPLANTADOS NA ALEMANHA COM ÊNFASE NA NOVA REFORMA TRIBUTÁRIA

IAROSZESKI, Cristina Elena Bernardi¹

OLIVEIRA, Flávia Aparecida de Oliveira²

ISSUE DOI: 10.3738/1982.2278.4249

RESUMO: Com o avanço da energia solar no Brasil, discute-se acerca da falta de políticas de incentivo fiscal, assim como, a forma que os governos federais e estaduais estão enfrentando tal assunto em suas respectivas atribuições. Ademais, torna-se indiscutível abordar as medidas que outros países adotaram para auxiliar a população que deseja tal mecanismo e, dessa forma, realizar um paralelo com a atual situação do Brasil, para visualizar suas diferenças e conseguir desempenhar projetos semelhantes na busca por melhorias para toda sociedade. Acerca dos objetivos, cita-se como propósito geral a difusão das informações sobre as políticas de incentivo fiscal das energias renováveis e, além disso, a observação sobre sua eficácia na sociedade. Da mesma forma, a finalidade específica é a busca por novos projetos de menor carga tributária com a finalidade de estimular a população a participar da elaboração de propostas que visam efetivar as mudanças previstas para o desenvolvimento sustentável. A produção deste trabalho é essencial para verificar como o Brasil está enfrentando a transição energética e, por conseguinte, a aplicação de novas legislações de acordo com a nova reforma tributária.

Palavras-chave: Impostos. Sustentabilidade. Energia

SOLAR ENERGY FISCAL INCENTIVE POLICIES IN BRAZIL: AN ANALYSIS OF EXAMPLES IMPLEMENTED IN GERMANY WITH EMPHASIS ON THE NEW TAX REFORM

SUMMARY: With the advancement of solar energy in Brazil, there is discussion about the lack of tax incentive policies, as well as the way in which federal and state governments are facing this issue in their respective roles. Furthermore, it is indisputable to address the measures that other countries have adopted to assist the population that desires such a mechanism and, in this way, draw a parallel with the current situation in Brazil, to visualize its differences and be able to carry out similar projects in the search for improvements for entire society. Regarding the objectives, the general purpose is to disseminate information about renewable energy tax incentive policies and, in addition, to observe their effectiveness in society. Likewise, the specific purpose is the search for new projects with a lower tax burden with the aim of encouraging the population to participate in the preparation of proposals that aim to implement the changes foreseen for sustainable development. The production of this work is essential to verify how Brazil is facing the energy transition and, consequently, the application of new legislation in accordance with the new tax reform.

Keywords: Taxes. Sustainable development. Energy Transition. Legislation.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A transição energética no Brasil. 2.1. As políticas de incentivo fiscal. 3. As políticas públicas da Alemanha. 4. A cooperação internacional entre Brasil x Alemanha. 5. As políticas de incentivo fiscal após a reforma tributária. 5.1. Questões gerais sobre a reforma

¹ Mestre em direito pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP/SP. Docente na Faculdade Dr. Francisco Maeda – FAFRAM/SP desde 2017. Advogada.

² Bacharel em direito pela Faculdade Dr. Francisco Maeda – FAFRAM/SP.

tributária. 5.2. As principais mudanças da nova reforma. 5.3. O incentivo fiscal sobre a energia elétrica. 6. Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

No ano de 2016, o Congresso Nacional Brasileiro entregou a ratificação do Acordo de Paris, na qual comprometeu em chegar a uma participação de 45% de energias renováveis na composição da matriz energética até 2030. Entretanto, mesmo com tal compromisso, o Brasil possui poucas políticas de incentivo fiscal na implantação de energia solar e, por isso, torna-se necessário discutir acerca das medidas que podem ser inseridas, a fim de incentivar e auxiliar a população no momento da escolha pela instalação da energia solar.

Para contribuir com tais avanços energéticos, alguns países adotaram medidas fiscais para impulsionar o setor de energia solar, como exemplo, iremos relacionar os projetos aplicados na Alemanha em comparação aos utilizados no Brasil. Não obstante, discutir tais propostas na atualidade, poderá colaborar com a implantação de novos projetos fiscais e a expansão para todos os cidadãos, a fim de fomentar o desenvolvimento das matrizes energéticas renováveis no país e cooperar com os tratados relacionados à proteção ambiental .

A justificativa do presente estudo é compreender como os países estão enfrentando a transição energética, e debater acerca das estratégias que poderão ser aplicadas no Brasil, dessa forma, obter resultados semelhantes aos observados nos lugares descritos no referido trabalho. Não podemos deixar de mencionar, sobre a necessidade de informar a sociedade a respeito das medidas aplicadas em países desenvolvidos, para que realizem a reivindicação diante do governo federal e estadual.

O objetivo do presente trabalho é explorar as políticas de incentivo fiscal adotadas em diferentes países e, dessa forma, demonstrar como poderão ser aplicadas de forma efetiva no Brasil. De mesmo modo, podemos citar a necessidade de informar a sociedade acerca dos direitos que possuem e, ademais, comprovar a carência de projetos voltados para a isenção ou redução de impostos sob a produção de energia solar.

A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica crítica, fazendo o uso de artigos científicos, legislações atualizadas, revistas e livros sobre os temas abordados no presente estudo.

Para compreender o tema a ser abordado, torna-se essencial discutir sobre as medidas adotadas no Brasil para impulsionar a transição energética, assim como, as iniciativas fiscais

aplicadas por outros países para auxiliar a expansão das fontes de energia sustentáveis. Com isso, realizar uma breve comparação com a nova reforma tributária, para concluir quais os principais desafios que devem ser enfrentados e a forma que os órgãos competentes devem comportar-se diante de tal problemática. Por fim, conferir quais medidas devem ser tomadas para contribuir com a redução dos impostos sobre a energia elétrica e, por conseguinte, a diminuir a emissão de gases poluentes.

2 A TRANSIÇÃO ENERGÉTICA NO BRASIL

A denominada Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, trata-se de uma reunião na qual os principais chefes de Estado e Governo se comprometeram em garantir acesso à energia sustentável e renovável para todos, assim como, a tomada de medidas urgentes para combater as mudanças climáticas e seus impactos.

Os países subdesenvolvidos, como o Brasil, enfrentam consideráveis desafios em fornecer energia sustentável a toda população, entre esses obstáculos podemos citar a falta de incentivo fiscal e o alto custo inicial para a instalação. Não obstante, é importante destacar que se trata de um país com os maiores índices de incidência solar no mundo, por isso, investir no aproveitamento da energia solar será uma alternativa para acelerar o desenvolvimento social e econômico.

A Constituição Federal de 1988 dispõe acerca da garantia pelo Estado, para que os cidadãos usufruam desse meio ambiente e utilizem de forma organizada.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; (Brasil, 1988)

Dessa forma, é importante salientar que o sistema de energia solar fornece diversas vantagens ao consumidor e sociedade, dentre elas podemos citar o baixo impacto ambiental, a redução de custos e a não exigência de área física. No entanto, para alcançar tais resultados, será necessário a cooperação dos governos federais, estaduais e municipais na elaboração de projetos de incentivo fiscal, assim como, o investimento em desenvolvimento de pesquisa e tecnologia.

Não podemos deixar de mencionar, que com a crescente procura por energia solar fotovoltaica, há uma grande tendência de tornar a maior fonte de energia mundial, dado isso, o Brasil requer uma maior exploração deste recurso gratuito e renovável. Diante disso, será possível garantir um mercado competitivo nessa área e, além disso, contribuir com o movimento sustentável com a diminuição de gases poluentes.

Vale ressaltar, que os setores da indústria e transporte são os responsáveis pelo maior consumo de energia no Brasil, na qual são 18% de energia elétrica e 82% da queima de combustíveis. Dessa forma, como o Ministério de Minas Energia é o responsável pela Política Nacional de Transição Energética, cabe a tal realizar a busca por alternativas renováveis e contribuir com a redução da pegada do carbono (Ministério de Minas e Energia, 2023)

Não obstante, diante das drásticas mudanças climáticas que são observadas atualmente, verifica-se como a transição energética se faz necessária no Brasil, dado que, com o aumento significativo do desmatamento e da poluição em massa, os recursos naturais podem ser escassos por falta de políticas públicas voltadas ao consumo consciente. À vista disso, deve-se abordar sobre os mecanismos essenciais para impulsionar a produção de energia sustentável e, ao mesmo tempo, garantir a proteção ambiental em nível nacional.

2.1 As políticas de incentivo fiscal no brasil

No Brasil, podemos observar algumas tentativas de colaborar com o avanço das matrizes energéticas e o aproveitamento do potencial solar, dessa forma, para impulsionar o mercado de geração solar fotovoltaica, devemos mencionar os incentivos fiscais e as formas de financiamento, que são as principais medidas implantadas diante de tais objetivos.

De acordo com o Convênio nº 101, de 1997, do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), é possível fornecer a isenção do ICMS nas operações envolvendo os equipamentos voltados à geração de energia elétrica. Do mesmo modo, temos o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infraestrutura (REIDI), na qual promove a suspensão da contribuição PIS/PASEP e COFINS em operação que abrange a geração de energia por fonte solar (Carvalho Netto *et al*, 2022, p.2851).

Além disso, há de se falar sobre os descontos ofertados na Tarifa de Uso de Sistemas de Transmissão (TUST) e Tarifa de Uso dos Sistemas de Distribuição (TUSD), para instalações cuja potência injetada na rede seja menor ou igual a 30.000kW. Não menos importante, temos o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores

(PADIS), que visa reduzir as alíquotas pagas para o PIS/PASEP, COFINS e incluir também o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), conforme regulamentado pela Lei nº 11.484, de 31 de maio de 2007 e Decreto nº 6.233, de 11 de outubro de 2007 (Pereira, 2019, p.3).

Outra forma de incentivo à energia solar no Brasil, são as construções de métodos de financiamento com ajuda de órgãos específicos do país, a fim de estabelecer condições favoráveis a todos que possuem interesse em tal mecanismo. Dentre elas, podemos citar o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), que promove o financiamento para o setor de energia elétrica com taxas de juros abaixo das aplicadas pelo mercado e, além disso, para a fonte solar em específico, permite que seja até 80 por cento dos itens financiáveis.

Da mesma forma, temos o órgão do Estado, o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima (FNMC), que assegura recursos para projetos e estudos voltados ao financiamento de empreendimentos que visam a redução da mudança do clima, incluindo neste rol, as fontes de geração distribuídas de energia solar. Neste mesmo contexto, podemos citar os recursos da Caixa Econômica Federal (CEF), que disponibiliza uma linha de crédito por meio da ConstruCard, permitindo a compra de equipamentos de energia solar fotovoltaica para uso residencial (Carvalho Netto, *et al*, 2022, p.2851).

Vale salientar, que o Brasil possui grandes reservas de quartzo para serem utilizadas na geração de energia solar fotovoltaica, no entanto, não são manejados por falta de indústrias de purificação do silício para o grau solar no país (Souza; Cavalcante, 2016). Dessa forma, observa-se que “o Brasil tem grande potencial para o desenvolvimento da cadeia produtiva do setor solar, contudo ainda depende do esforço dos gestores públicos para que consigam efetivamente estabelecer e desenvolver as indústrias fotovoltaicas no País” (Ottonelli *et al*, 2021).

Perante o exposto, deve-se esclarecer que a falta de indústrias de produção de equipamentos solares está ligada à inexistência de projeto de incentivo governamental, dado que, cabe ao poder público elaborar propostas que visam estimular tal setor. À vista disso, verifica-se que essa diretriz pode estimular a conversão de importador de tecnologias para tornar-se produtor, mas somente ocorrerá se houver uma demanda de incentivos tributários, financeiros e fiscais às empresas privadas que desejam instalar-se no país (Ottonelli *et al*, 2021).

Diante de tais dados, ressalta-se que segundo o Relatório Global de Energias Renováveis (REN21) de 2019, o setor de energia solar é o que mais gera empregos diretos e indiretos no mundo e, diante disso, produz resultados que contribuem com o fortalecimento das economias

locais, regionais e nacionais. De acordo com a Associação Brasileira de Energia Solar Fotovoltaica (ABSOLAR), os governos federal e estadual vão arrecadar um saldo líquido de R\$25,2 bilhões até 2027 e, assim, evitar a emissão de 75,38 milhões de toneladas de CO₂ até 2035 (Santos, Anjos, 2023, p. 163)

É válido salientar, que os dados apresentados até o momento são realmente animadores e positivos para a economia nacional, no entanto, devemos compreender que caso o Brasil tenha mais comprometimento e sagacidade na elaboração de novas políticas de incentivo fiscal, será possível acelerar o desenvolvimento econômico do país e, ademais, contribuir com os tratados voltados à proteção do meio ambiente.

Não obstante, destaca-se que a falta de empresas de produção de placas fotovoltaicas no Brasil prejudica a implantação do sistema de energia solar, por isso, investir na busca por apoio internacional é essencial para reparar tal transtorno. Do mesmo modo, realizar acordos de cooperação com as fabricantes será fundamental para garantir um preço justo para o consumidor final e, dessa forma, assegurar que o projeto de financiamento seja uma alternativa viável a qualquer cidadão.

3 AS POLÍTICAS PÚBLICAS DA ALEMANHA

Na Alemanha, o EEG (Erneuerbare Energie Gesetz) ou Lei de Energia Renováveis tornou-se o instrumento de controle para a expansão das energias renováveis, na qual possui como principal objetivo a reconstrução do fornecimento de energia e o aumento de 80% da participação de energias renováveis até 2050. Não obstante, em 2017 uma nova etapa foi anunciada no país: o montante da compensação por energia renovável não seria governamental, mas sim determinado por licitações no mercado, diante disso, verificou-se que essa fonte de energia ocupou papel de destaque no cenário energético e encontrou possibilidade de enfrentar a concorrência na área (BMZ, 2021).

O Relatório do Grupo de Trabalho de Geração Distribuída com Sistemas Fotovoltaicos (GT-GDSF), é a lei de incentivo à energia fotovoltaica na Alemanha, a Electricity Feed-in Law. Tal feito, deu início à introdução da energia produzida por Fontes Renováveis de Energia (FRE) na rede elétrica convencional, na qual, baseia-se na compra obrigatória, pelas concessionárias, da energia gerada por esses sistemas fotovoltaicos, por meio do mecanismo de tarifa-prêmio (Souza, 2009)

Esse avanço energético na Alemanha pode ser observado a partir de 2000, quando foi instaurado a Renewable Energy Sources Act e, diante disso, introduzidas tarifas específicas para cada fonte considerando seus respectivos custos. Tais mudanças permitiram que a energia solar se torna mais atrativa e, dessa forma, transformando o país em líder mundial em energia solar fotovoltaica. Ademais, com a alta procura por tal sistema, as indústrias começaram a investir no desenvolvimento e produção dos equipamentos, diminuindo os custos de implantação e surgindo novas vagas de emprego no país (Soares, 2019, p.17)

Não menos importante, também devemos abordar os programas de subsídios concedidos pelo governo alemão, na qual podemos citar o Programa de Incentivos de Mercado (MAP, “Marktanreizprogramm”) que se trata de uma estratégia política do governo para a expansão da participação de energia renovável na matriz energética do país.

No entanto, é válido destacar que para atender esta demanda por energia solar fotovoltaica, foi necessária uma resistente infraestrutura na rede, assim como, o aperfeiçoamento na coordenação e integração das energias renováveis. Entre as alterações podemos elucidar alguns projetos de otimização como:

a) Aluguel de energia elétrica

A eletricidade produzida nos telhados de edifícios residenciais que é entregue aos consumidores finais, por meio de instalações auxiliares na área geográfica imediata e sem redes de transmissão para o transporte, não será consumida pelo próprio locatário, mas sim injetada na rede e devidamente remunerada. A vantagem com tal projeto, é que os custos envolvidos nos encargos de rede, impostos de eletricidade e taxas de concessão, não serão aplicados na eletricidade fornecida do locador ao locatário.

b) Aluguel do telhado

Com o aumento expressivo na procura por espaço para sistemas fotovoltaicos, os investidores iniciaram a busca por telhados que sejam adequados para novas instalações, dessa forma, surgiu a iniciativa de realizar o aluguel de telhados. Tal empreendimento, mostrou-se benéfico para as empresas com grandes coberturas de edifícios, da mesma forma para os particulares, que podem utilizar o telhado como uma fonte de geração de renda. Essa idealização, também possibilita aos proprietários a aquisição do sistema fotovoltaico, dependendo do contrato, após o fim do mesmo.

Diante das informações levantadas, é oportuno constatar que em face dos incentivos destacados, observa-se que surgem inúmeras vantagens para quem deseja produzir energia fotovoltaica na Alemanha, como o acesso à rede garantido, prioridade na transmissão e

distribuição, tarifas específicas e esquemas de retorno financeiro para produtores. Como consequência de tais benefícios, de acordo com a British Petroleum (2018), a energia fotovoltaica teve um crescimento de 33,2%, sendo a Europa responsável por um terço dessa produção (105,4GW), com destaque para a Alemanha, que originou aproximadamente a metade de toda geração do continente.

4 A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL ENTRE BRASIL X ALEMANHA

Como pudemos observar, as medidas de incentivo implantadas na Alemanha foram eficazes e atualmente demonstram seus resultados surpreendentes, assim, para auxiliar outros países a adotar projetos semelhantes, desenvolveu programas de cooperação no setor da energia com estados de vários continentes. De acordo com o anúncio realizado pelo então Secretário Geral das Nações Unidas, Ban Ki-moon, são três as principais áreas alemãs de cooperação internacional no setor da energia: o acesso à energia, a utilização de energias renováveis e a eficiência energética (Boura, 2021).

Entretanto, menciona-se que as principais fontes de energia na Alemanha eram predominantemente as termoelétricas à carvão ou gás natural e as usinas nucleares, fato que impulsionou a procura por novas alternativas, acelerando seu processo de expansão energética. Enquanto isso, no Brasil há uma matriz predominantemente renovável, utilizando com abundância as hidrelétricas e as fontes eólicas, no entanto, mesmo com o clima favorável para desfrutar da energia solar, a Alemanha obtém um melhor aproveitamento de tal recurso.

Não podemos deixar de mencionar, que a produção de energia solar no Brasil necessita majoritariamente de equipamentos importados, razão pela qual impulsiona o alto custo de instalar esse tipo de geração no país. Da mesma forma, ressalta-se que os painéis fabricados nacionalmente somente poderão ser montados no Brasil, visto que se trata de uma condição para atender as linhas de financiamento do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

Acerca da cooperação internacional, o Ministério para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento da Alemanha realiza projetos voltados para a construção de sistemas energéticos em países parceiros e, além disso, procura alcançar até 2030 o fornecimento universal de energia, e até 2050, a conversão para sistemas que não liberam dióxido de carbono prejudicial ao clima. Tal compromisso, é dividido em três níveis de viabilização de energia, dentre os quais cita-se:

1 Fornecimentos básicos para famílias e pequenas empresas em regiões rurais sem ligação à rede, por exemplo, através de sistemas solares de telhados e lâmpadas solares.

2 Fornecimento de energia para comunidades rurais, instituições sociais, bem como pequenas e médias empresas agrícolas e comerciais através do desenvolvimento de mini e micro redes descentralizadas de energia.

3 Abastecer grandes centros de consumo e consumidores (cidades, indústria, mineração), alimentando a rede elétrica com energia de fontes renováveis e melhorando as redes de transmissão (BMZ, 2023)

Diante disso, verifica-se que a política de cooperação da Alemanha é extremamente necessária para países subdesenvolvidos, visto que além de fornecer todo o apoio necessário para a implantação do sistema de energia solar, também contribui com os compromissos de proteção ambiental. Não obstante, observa-se que tais medidas podem ser vantajosas para o Brasil, dado que carece de apoio internacional para conseguir impulsionar a implantação de tal sistema em nível nacional e, da mesma forma, contribuir com a expansão da transição energética no país.

No governo alemão, cabe ao Ministério para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (BMZ) a responsabilidade de desenvolver as atividades voltadas à cooperação internacional. A fatia orçamentária desta pasta cresceu nos últimos anos, passando de 6,4 milhões de euros em 2014, para 12,4 milhões de euros, em 2020, sua maioria destinada à cooperação bilateral e multilateral (BMZ, 2021).

Devemos reconhecer, que a Alemanha tem se destacado na extensiva e intensiva cooperação internacional, se beneficiando e favorecendo cada parceria bilateral ou multilateral que assume, diante da partilha de recursos financeiros, tecnológicos, científicos e humanos que realiza. Dessa forma, observa-se como a política de cooperação alemã juntamente com seu primado no setor energético, não apenas apoia os estados mais frágeis, como também incentiva os abastados à participação interativa e solidária, no percurso para a sustentabilidade do planeta (Boura, 2021).

Com todos os dados apresentados, é válido discorrer sobre as possibilidades de acordos econômicos entre Brasil e Alemanha em relação à energia solar, visto que, diante de todos os projetos desenvolvidos em ambos os governos, será possível elaborar programas de cooperação para impulsionar o comércio e a instalação do sistema de energia solar fotovoltaica nos países. No entanto, é importante abordar que as estratégias formuladas devem ser ajustadas às suas realidades, a fim de evitar que os resultados frutos desse trabalho sejam prejudiciais aos cidadãos.

Não menos importante, é válido salientar que o estabelecimento de parceria internacional entre os países contribui com o crescimento econômico e, com a criação de alianças estratégicas voltadas à troca de experiências acumuladas e o conhecimento em produção e instalação de energia fotovoltaica, será possível buscar benefícios mútuos sob os objetivos compartilhados, dado que cada parte contribui com recursos ou habilidades específicas para alcançar os objetivos em comuns (Boura, 2021).

Por fim, vale ressaltar que as políticas de cooperação contribuem com o avanço energético que ambos os países, por isso, o incentivo em tais áreas são essenciais para fomentar a criação de novas iniciativas. Dessa forma, torna-se necessário a discussão de medidas que podem ser utilizadas para auxiliar toda população, como por exemplo, a atual reforma tributária brasileira, que diretamente irá afetar as tarifas de distribuição de energia elétrica e causar impactos econômicos na sociedade.

5 AS POLÍTICAS DE INCENTIVO FISCAL APÓS A REFORMA TRIBUTÁRIA

5.1 Questões gerais da reforma tributária

Primeiramente cumpre abordar, que o Sistema Tributário Brasileiro é complexo diante das inúmeras formas de taxas, contribuições e impostos a serem cobrados, dessa forma, tornou-se necessário recorrer a uma nova reforma que pudesse resolver tal impasse. No entanto, cabe ao Congresso Nacional realizar as mudanças sem causar danos maiores à economia do país, por isso, é válido abordar algumas questões pertinentes para a compreensão sobre a nova reforma tributária.

De acordo com o Governo Federal (2023), o principal objetivo da reforma é impulsionar o crescimento da economia nacional de forma sustentável, buscando reduzir as desigualdades sociais através da geração de emprego e renda e, conforme mencionado anteriormente, reduzir a complexidade da tributação para garantir transparência e maior cidadania fiscal (Ministério da Fazenda, 2023).

Não podemos deixar de mencionar, que a PEC 45/2019 aprovada pela Câmara dos Deputados exprime que não haverá aumento de carga tributária, visto que segundo o Ministério da Fazenda (2023), as alíquotas pagas atualmente pelo contribuinte seguirão da mesma forma, mas com uma maior transparência. Dessa maneira, observa-se que o Poder Público possui propostas ousadas para as recentes circunstâncias, no entanto, precisará de maiores esforços

para conseguir mais simplicidade e isonomia em relação ao modelo atual (Ministério da Fazenda, 2023).

Não obstante, destaca-se que conforme explícito pelo Ministério da Fazenda (2023), como a tributação terá uma alíquota-padrão e “haverá uma quantidade limitada de regimes favorecidos, os preços de alguns produtos e serviços podem cair e de outros podem subir”. Com isso, verifica-se que há uma insegurança acerca das consequências que tais medidas podem provocar nos preços, fato que pode acarretar controvérsias e rejeição à aplicabilidade da nova reforma (Ministério da Fazenda, 2023).

Por conseguinte, de acordo com Martins (2024), “para simplificar, aumentaram três vezes o número de artigos para regular o sistema tributário. Creio que isso trará problemas de interpretação”. Tal situação é de extrema importância, dado que o sistema tributário já é extensivo em relação ao número de artigos contidos na Constituição, com essa medida, o cenário atual poderá sofrer graves consequências no momento de sua exposição (Martins, 2024).

Vale ressaltar, que os principais serviços que farão jus a regimes favorecidos na Reforma Tributária são: agronegócio e alimentos; cultura e esporte; educação; saúde; transporte rodoviário, ferroviário e hidroviário de passageiros; entre outros. Com relação àqueles submetidos a regimes específicos, o Ministério da Fazenda (2023) esclarece que nos termos de lei complementar serão: combustíveis e lubrificantes; serviços financeiros; planos de assistência à saúde; concursos de prognósticos; operações com bens imóveis; operações contratadas pela administração pública direta, por autarquia e por fundações públicas; sociedades cooperativas e os serviços de hotelaria, parques de diversão e aquáticos, bares, restaurantes e aviação regional (Ministério da Fazenda, 2023).

Não menos importante, destaca-se que segundo o Ministério da Fazenda, haverá dois períodos de transição “um geral, de sete anos, que alcançará toda a sociedade brasileira; e outro específico para os entes federativos, de 50 anos, imperceptível para sociedade”, no entanto, torna-se necessário abordar que tal fato deverá ser realizado de forma consciente e responsável pelo Governo Federal, a fim de impedir que a população seja prejudicada diante dos investimentos feitos nos últimos anos com base nos incentivos fiscais e regimes diferenciados do sistema atual (Ministério da Fazenda, 2023).

Acerca das mudanças que serão provocadas pela nova reforma, conforme Martins, ‘vale dizer, vão ter que trabalhar duas vezes: com um velho sistema cheio de problemas e com um novo que ela desconhecem’, à vista disso, é essencial discorrer que embora o objetivo seja

reduzir a carga tributária e simplificar o sistema de tributação, as empresas terão que enfrentar o período sombrio de transição proposto pelo poder público como forma de evitar maiores transtornos, mesmo que seja prejudicial para suas próprias administrações (Martins, 2024).

Diante do exposto, constata-se que a nova reforma tributária possui propostas audaciosas para o novo sistema de tributação e, dado isso, provoca críticas em relação à aplicabilidade de seus projetos. No entanto, o poder público no intuito de auxiliar a população nesse momento de mudanças, propõe um período de transferência para evitar que a economia seja prejudicada, mas ao mesmo tempo, provoca um sentimento de insegurança diante das inúmeras alterações que serão efetivadas após o tempo estipulado.

5.2 As principais mudanças da nova reforma

Em 20 de dezembro de 2023, o Congresso Nacional promulgou e instituiu a Reforma Tributária, na qual possui como principal objetivo a simplificação da tributação sobre o consumo e o incentivo ao crescimento econômico (Pinto, 2024). No entanto, torna-se essencial discutir sobre seu impacto na produção e distribuição de energia elétrica, visto que conforme analisado anteriormente, o Brasil carece de novas políticas de incentivo fiscal no âmbito das fontes renováveis.

Primeiramente, deve-se abordar que o principal efeito da reforma foi a extinção de determinados tributos como o IPI, PIS, Confins, ICMS e ISSQN, assim como, a criação do IVA Dual, Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS), Imposto sobre Bens e Serviços (IBS) e do Imposto Seletivo. Não obstante, ressalta-se que este último poderia agravar o setor elétrico, entretanto, após a tramitação da proposta no Senado, o texto final afastou a possibilidade de incidir sobre as operações com energia elétrica (Pinto, 2024).

A fim de evitar uma carga tributária maior, o relator do projeto criou uma “trava de referência” para que os novos tributos sejam diminuídos em 2030 e 2035. Da mesma forma, cumpre esclarecer que os novos encargos são do tipo Imposto sobre Valor Agregado (IVA), tributo adotado atualmente por 174 países no mundo, que permite maior transparência ao informar o valor pago no documento fiscal (Agenda Senado, 2023).

Não obstante, como forma de compensar as pessoas jurídicas e físicas pela redução dos benefícios concedidos pela União, tal reforma criou o Fundo de Compensação de Benefícios Fiscais, que deverá durar até o fim de 2032 (Agenda Senado, 2023). Esta medida será essencial,

visto que haverá forte queda da arrecadação nos Estados e, conseqüentemente, poderá acarretar um impacto significativo nos cofres públicos.

Não menos importante, ressalta-se que para evitar a perda de investimento nos Estados, a reforma tributária desenvolveu o Fundo Nacional de Desenvolvimento Regional (FNDR), na qual possui como objetivo reduzir discrepâncias econômicas e sociais (Agenda Senado, 2023).

Cabe esclarecer, que conforme Martins (2024), como o projeto da reforma garante que nenhum setor será prejudicado, pois deverá ser compensado até 50 anos pelas perdas, a União será responsável por equilibrar os ganhos “durante 50 anos, ou pelo menos até 2043, com R\$60 bilhões por ano”, fato que poderá acarretar graves conseqüências para os cofres públicos e, dessa forma, prejudicar a população com o aumento de outros impostos para compensar tal encargo.

Não se pode deixar de mencionar, que os reflexos da reforma já podem ser observados atualmente, visto que, de acordo com Martins (2024), “os estados que estão prevendo essa perda, já começaram a aumentar o ICMS em 2023 para que, no ano de 2029, a média justifique uma recepção das suas perdas no valor que a União terá que compensar”. Dado isso, verifica-se que a sociedade brasileira está sendo afetada diretamente pela nova reforma tributária antes dos prazos de transição impostas pelo Poder público, visto que está sendo obrigada arcar com os prejuízos diante do aumento dos tributos estaduais.

Com tais informações, constata-se que tal projeto irá transformar de forma expressiva a tributação no Brasil, com isso, é essencial discorrer sobre seus impactos positivos e negativos na sociedade, para assegurar a todos o mínimo conhecimento acerca das mudanças que serão realizadas em breve e, não menos importante, destacar as conseqüências que seus projetos irão provocar na sociedade como um todo.

Por fim, deve-se mencionar que os contribuintes serão os primeiros a sofrer com seus impactos, visto que conforme observado anteriormente, os poderes públicos serão ressarcidos dos prejuízos que sofrerem, dessa forma, obrigando a população a arcar com todos os transtornos que surgirem no decorrer do tempo. Diante disso, abordar tal tema é primordial para auxiliar toda a sociedade brasileira acerca das mudanças a serem aplicadas após a transição, pois somente assim, será possível evitar que todos tenham que pagar pelos custos dessa reforma e sofrer com suas conseqüências individualmente.

5.3 O incentivo fiscal sobre a energia elétrica

De início, é essencial discutir que a reforma tributária possui como principal objetivo diminuir a carga tributária, no entanto, acerca dos setores essenciais como a energia elétrica, pouco é realizado para auxiliar a população atualmente. Diante disso, torna-se necessário abordar os principais projetos tratados na proposta, para verificar como o país está enfrentando tal assunto e buscar soluções para enfrentar quaisquer transtornos que venham a surgir.

Sobre as políticas de incentivo fiscal, é válido abordar que o texto aprovado prevê a obrigatória devolução do IBS nas operações de fornecimento de energia elétrica ao consumidor de baixa renda, sistema denominado de “cashback” e regulamentado por Lei Complementar (Pinto, 2024). No entanto, torna-se necessário esclarecer que embora o objetivo principal da proposta seja reduzir as desigualdades de renda, cabe aos órgãos responsáveis garantirem sua efetividade sem qualquer prejuízo aos usuários e, dessa forma, encontrar alternativas viáveis para a cobrança dos novos impostos.

De acordo com Wagner Ferreira, da Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica, a PEC da reforma tributária “não determina um regime diferenciado para o setor e essa lacuna não garante a segurança jurídica para uma tributação adequada”, diante disso, verifica-se que tal proposta não assegura a redução de impostos sobre a energia elétrica, o que provoca uma preocupação a todos que necessitam de tais benefícios (Filho, 2023).

Não menos importante, ressalta-se que sob a ótica da geração distribuída, o Convênio ICMS nº16/2015 autoriza que o Estados e o Distrito Federal concedam:

Isenção do ICMS incidente sobre a energia elétrica fornecida pela distribuidora à unidade consumidora, na quantidade correspondente à soma da energia elétrica injetada na rede de distribuição pela mesma unidade consumidora com os créditos de energia ativa originados na própria unidade consumidora. (CONFAZ, 2015).

Da mesma forma, conforme o art. 8º da Lei nº13.169/2015, as alíquotas das Contribuições aos PIS e à COFINS foram zeradas quando tratar-se de energia objeto do Sistema de Compensação de Energia Elétrica para microgeração e minigeração distribuída. Embora tais medidas estejam previstas na referida reforma, há uma possibilidade do IBS e o CBS incidir sobre as parcelas, fato que poderá impactar diretamente os empreendimentos de geração distribuída (Pinto, 2024).

Diante do exposto, constata-se que a Reforma Tributária não apresenta propostas eficazes de redução de impostos sobre a energia elétrica, fato que é preocupante em razão das

desigualdades sociais observadas atualmente. À vista disso, observa-se que tais modificações não irão impactar positivamente ou negativamente os consumidores, ocasião que torna a reforma irrelevante acerca da produção de energia renovável, dado que não contribui com novas políticas de incentivo fiscal, no entanto, cabe lembrar de determinados estados já estão realizando o aumento dos impostos para compensar os futuros prejuízos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme os dados anteriormente apresentados, é importante ressaltar que apesar do clima ser propício para que o Brasil realize a produção de energia solar em grande escala, a Alemanha tem aproveitado mais desse recurso e, da mesma forma, contribuindo para que sua população adote tal sistema e cooperando com as políticas de redução das mudanças climáticas. Pode-se destacar ainda, que os projetos de incentivo ocupam um papel fundamental no tema em questão, visto que a sociedade carece de amparo governamental para receber estímulos fiscais e, dessa forma, instalar e manter a produção de energia elétrica ativa em suas residências.

Cumprе esclarecer, que a metodologia utilizada foi essencial para revisar as obras voltadas ao tema e, dessa forma, compreender as iniciativas fiscais implementadas tanto no Brasil quanto na Alemanha através da investigação dos sistemas de tributação nacionais no decorrer deste trabalho. Assim como, realizar uma breve comparação entre ambas as políticas públicas com ênfase na reforma tributária brasileira, para verificar suas principais diferenças e, dessa forma, conseguir aplicar projetos semelhantes na busca pelo avanço da transição energética.

Com relação às medidas implantadas no Brasil, podemos observar que as políticas de incentivo fiscal são voltadas aos grandes produtores, dessa forma, a população de baixa renda que possui o sistema em suas residências, estão sem o amparo governamental na questão dos impostos que incidem em suas produções. Diante desta questão, compreende-se que o país necessita criar políticas de incentivo fiscal que incorpore também os pequenos produtores, a fim de garantir tais benefícios a todos que desejam optar por tal mecanismo e, da mesma forma, estimular a proteção ambiental com uso de fontes renováveis.

Outro fato que impede o progresso no Brasil, está relacionado à falta de indústrias nacionais para a fabricação de painéis fotovoltaicos, dado que, para importar os equipamentos necessários para a instalação, o consumidor terá que desembolsar uma quantia que normalmente não possui em mãos. Ao adotar as medidas de financiamento elaboradas na Alemanha, poderá

utilizá-las como alternativa para contribuir com o custeio dos materiais e, de forma igual, estreitar as políticas de cooperação para buscar investimento na implantação de fontes de energia renovável a todos.

Não obstante, mesmo com a reforma tributária e as mudanças na tributação sobre a energia elétrica, observa-se que o país ainda carece de novos projetos para impulsionar o incentivo fiscal sobre as fontes renováveis. Dessa forma, constata-se que para alcançar os objetivos traçados com a reforma, será necessário a colaboração de todos os poderes na criação de novos projetos voltados ao uso de energias renováveis e dessa forma, desenvolver novos incentivos fiscais com o intuito de impulsionar o avanço da transição energética no Brasil.

Da mesma forma, torna-se essencial que o poder público seja responsável por todos os prejuízos que surgirem com a nova reforma, visto que a população não possui condições mínimas para cobrir as despesas que podem revelar-se das inúmeras transformações. Dado que, conforme mencionado anteriormente, o principal objetivo da reforma tributária é diminuir a desigualdade social através da geração de emprego e renda, assim como, assegurar que ninguém seja prejudicado com o novo sistema que será aplicado após o período de transição imposta pelo projeto.

Para encerrar, constata-se que o Brasil possui políticas de incentivo fiscal na área da energia solar, no entanto, diante da busca constante por tal sistema, o país carece de novos projetos para impulsionar financeiramente os consumidores a optar pelo sistema de energia fotovoltaica. Diante disso, ao analisar as iniciativas aplicadas na Alemanha, verifica-se que com a cooperação dos governos federais e estaduais é possível realizar programas que visam a expansão da transição energética através de incentivos fiscais e, não menos importante, impulsionar o Estado a contribuir com as políticas internacionais de proteção ao meio ambiente e limitar a emissão de gases poluentes.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Governo Federal. Ministério Federal de Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Energizando o Desenvolvimento: Acesso à energia para milhões**. Ministério Federal de Cooperação e Desenvolvimento Econômico, [S. l.], p. 1-1, 20 set. 2022. Disponível em: <https://www.bmz.de/de/themen/klimawandel-und-entwicklung/energie-und-klima/projekt-beispiel-endev-34568>. Acesso em: 19 out. 2023.

ALEMANHA. Governo Federal. Ministério Federal de Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **O desenvolvimento requer energia sustentável**. Ministério Federal de

Cooperação e Desenvolvimento Econômico, [s. l.], p. 1-1, 25 jul. 2023. Disponível em: <https://www.bmz.de/de/themen/energie>. Acesso em: 6 mar. 2024.

BOURA, A. I. **A política alemã de cooperação internacional no setor energético**. The Overarching Issues of the European Space, [S. l.], p. 196-209, 3 ago. 2021. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10216/149896>. Acesso em: 30 out. 2023.

BRASIL. Governo Federal. Ministério da Fazenda. **Reforma Tributária – Perguntas e Respostas**. Assessoria Especial de Comunicação Social, [S. l.], p. 1-25, 14 ago. 2023. Disponível em: https://www.gov.br/fazenda/pt-br/acao-a-informacao/acoes-e-programas/reforma-tributaria/arquivos/perguntas-e-respostas-reforma-tributaria_.pdf. Acesso em: 1 mar. 2024.

BRASIL. Governo Federal. Ministério de Minas e Energia. **Transição energética: a mudança de energia que o planeta precisa: Substituir uma fonte de energia por outra mais sustentável é vista como uma atitude fundamental e vem sendo discutida no mundo inteiro**. Gov.br, [S. l.], p. 1-1, 3 out. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/noticias/transicao-energetica-a-mudanca-de-energia-que-o-planeta-precisa>. Acesso em: 7 mar. 2024.

BRASIL. Governo Federal. Secretaria de Comunicação Social. **Reforma Tributária prevê devolução de dinheiro na tarifa de energia elétrica**. GOV, [S. l.], p. 1-1, 28 nov. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/secom/pt-br/fatos/brasil-contra-fake/noticias/2023/3/reforma-tributaria-preve-cashback-na-tarifa-de-energia-eletrica>. Acesso em: 8 mar. 2024.

BRASIL, Senado Federal. Agência Senado. **Reforma tributária promulgada: principais mudanças dependem de novas leis** Fonte: Agência Senado. Senado Notícias, [S. l.], p. 1-1, 21 dez. 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/12/21/reforma-tributaria-promulgada-principais-mudancas-dependem-de-novas-leis>. Acesso em: 8 mar. 2024.

CARVALHO NETTO, J. O.; PIRES, D. L.; NOVAIS, M. C.; SORIANO, F. R.; GOMES, A. C. **Geração fotovoltaica: histórico das políticas de incentivo e barreiras regulatórias**. Open Science Research III, [S. l.], v. 3, p. 2848-2860, 30 abr. 2022. Disponível em: <https://downloads.editoracientifica.com.br/articles/20308466.pdf>. Acesso em: 7 nov. 2023.

CONFAZ. **Convênio nº 16/2015, de 22 de abril de 2015**. Epígrafe. [S. l.], p. 1-1, 1 set. 2015. Disponível em: CONFAZ. Convênio nº 16/2015, de 1 de setembro de 2015. Epígrafe. [S. l.], p. 1-1, 1 set. 2015. Disponível em: https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2015/CV016_15. Acesso em: 9 mar. 2024. Acesso em: 9 mar. 2024.

CORREIA NETO, C. de B. **Sistema Tributário Nacional**. Câmara dos Deputados, [s. l.], p. 1-12, 2019. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/fiquePorDentro/temas/sistema-tributario-nacional-jun-2019/Textobase1.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2024.

COSTA, A.; OLIVEIRA, D.; RABELO, M.; PINHEIRO, M. D.; PIAZZAROLO, J. **Energia solar fotovoltaica é uma alternativa viável?** Brazilian Journal of Development, Curitiba, p. 1-20, 28 set. 2020. Disponível em: <https://ojs>.

brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/17385/14114. Acesso em: 1 nov. 2023.

DINIZ, M. A. P. **Descarte de painéis solares no contexto de consolidação do mercado fotovoltaico brasileiro e mundial**. 2023. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Engenharia de Energia) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2023. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/50448>. Acesso em: 3 mar. 2024.

FILHO, Floriano. **Reforma tributária não garante segurança jurídica ao sistema elétrico brasileiro, aponta debate na CAE**. Rádio Senado, [S. l.], p. 1-1, 21 set. 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2023/09/21/reforma-tributaria-nao-garante-seguranca-juridica-ao-sistema-eletrico-brasileiro-aponta-debate-na-cae>. Acesso em: 8 mar. 2024.

JÚNIOR, O.; SOUZA, C. **Aproveitamento fotovoltaico, análise comparativa entre Brasil e Alemanha**. SciELO - Scientific Electronic Library Online, [S. l.], p. 1-10, 23 abr. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/inter/a/t7NryC6KdCmwL4RXL4pjVfN/?lang=pt>. Acesso em: 5 nov. 2023.

MARTINS, I. G. da S. **Reforma tributária é exemplo de simplificação complicadora**. Consultor Jurídico, [S. l.], p. 1-1, 1 fev. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-fev-01/reforma-tributaria-e-exemplo-de-simplificacao-complicadora/>. Acesso em: 7 mar. 2024.

OTTONELLI, J. de B.; CRUZ, U. C.; ROSA, A. & S.; ANDRADE, J. C. Oportunidades e desafios do setor de energia solar fotovoltaica no Brasil. **Revista Econômica Do Nordeste**, v.52, n. 4, p.8–26, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.61673/ren.2021.1199>. Acesso em: 7 mar. 2024.

PEREIRA, R. C. **Políticas públicas para expansão da energia solar fotovoltaica: um estudo dos principais programas de incentivo da tecnologia no Brasil**. 2019. 74f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Engenharia Elétrica) Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás, Câmpus Itumbiara, 2019.

PINTO, E. de C. L. **Impacto da reforma tributária no setor elétrico**. Consultor Jurídico, [S. l.], p. 1-1, 26 jan. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jan-26/impacto-da-reforma-tributaria-no-setor-eletrico/>. Acesso em: 7 mar. 2024.

SANTOS, J.; ANJOS, P. **A tributação da energia solar fotovoltaica distribuída**. Revista Tributária e de Finanças Públicas, [S. l.], p. 151-170, 3 jan. 2023. Disponível em: <http://rtrib.abdt.org.br/index.php/rftp/article/view/554/257>. Acesso em: 3 nov. 2023.

SOARES, M.; BEZERRA, E.; MARQUES, E. Energia solar: benefícios fiscais como meio garantidor do desenvolvimento sustentável e direitos da personalidade. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, p. 234-247, 14 abr. 2023. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/8471/6779>. Acesso em: 6 nov. 2023.

SOARES, Marcus. **Análise comparativa de políticas públicas e desenvolvimento regulatório da energia solar fotovoltaica no Brasil e na Alemanha**. 2019. Dissertação (Engenharia Elétrica) - Universidade Federal de Minas Gerais, [S. l.], 2019. Disponível em:

<https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/32898/1/1625M.PDF.pdf>. Acesso em: 7 nov. 2023.

SOUZA, H. M. (Coord.). **Relatório do Grupo de Trabalho de Geração Distribuída com Sistemas Fotovoltaicos** – GT-GDSF. Brasília: Ministério de Minas e Energia, 2009.

SOUZA, L. E. V.; CAVALCANTE, A. M. G. **Rumo a uma sociologia da energia e da globalização: interconectividade, capital e conhecimento na indústria solar fotovoltaica brasileira**. Pesquisa Energética e Ciências Sociais, [s. l.], v. 21, p. 145-154, 2016. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S2214629616301797>. Acesso em: 4 mar. 2024.

DIREITO COMUNITÁRIO SUPRANACIONAL EUROPEU E A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: SUA REPERCUSSÃO NA DEMOCRACIA

ROCHA, Manoel Ilson Cordeiro¹

ISSUE DOI: 10.3738/1982.2278.4257

RESUMO: A formação da Comunidade Europeia produziu um fenômeno importante no moderno Direito Administrativo: Um Direito Administrativo Comunitário Europeu, que se distingue pelo diálogo com os Direitos Administrativos dos Estados-membros. A novidade, entretanto, repercute além, como aspecto de um novo paradigma para as sociedades políticas hegemônicas. A questão que se propõe é saber em que nível ela repercute no debate democrático. A democracia atual depende em elevado grau do modelo procedimental da administração. O futuro da democracia depende dos caminhos a seguir pelo Estado e pela administração pública, especialmente no ambiente de integração atual. Fez-se o uso do método dogmático jurídico, com o emprego de procedimentos metodológicos auxiliares bibliográficos.

Palavras-chave: Direito comunitário. Direito supranacional. Democracia. Administração pública.

EUROPEAN SUPRANATIONAL COMMUNITY LAW AND THE INTERNATIONALIZATION OF ADMINISTRATIVE LAW: ITS IMPACT ON DEMOCRACY

SUMMARY: The formation of the European Community produced an important phenomenon in modern Administrative Law: A European Community Administrative Law, which is distinguished by its dialogue with the Administrative Rights of the Member States. The novelty, however, has repercussions beyond, as an aspect of a new paradigm for hegemonic political societies. The question that arises is to know at what level it impacts the democratic debate. Current democracy depends to a high degree on the procedural model of administration. The future of democracy depends on the paths followed by the State and public administration, especially in the current integration environment. The legal dogmatic method was used, with the use of bibliographical auxiliary methodological procedures.

Keywords: Community law. Supranational law. Democracy. Public administration.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Bases do direito Comunitário Europeu; 3. Direito Administrativo Comunitário Europeu e sua repercussão internacional; 4. Desafios do Direito Administrativo Comunitário Europeu e a Democracia; Considerações finais; Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Delimitação do problema: O direito comunitário supranacional europeu resultou numa internacionalização, no bloco comunitário, do direito administrativo. As normas produzidas no âmbito da comunidade europeia pelo parlamento europeu também alcançam o direito

¹ Pós doutor pela Faculdade Getúlio Vargas – FGV/SP. Docente na Faculdade Dr. Francisco Maeda - FAFRAM desde 2004.

administrativo aplicável aos Estados membros. É uma experiência nova e relevante do ponto de vista da configuração do Estado Moderno, já que afeta a soberania num campo sensível, que é a administração pública e a gestão da burocracia estatal. Também é uma experiência ainda não totalmente dimensionada.

A democracia, o Estado de Direito e a proteção dos direitos humanos são conceitualmente vinculados ao modelo de Estado Moderno, de poder soberano e de fronteiras objetivamente delimitadas para essa perspectiva de sociedade política. O direito comunitário europeu, em seu estágio de supranacionalidade, significa uma ruptura da soberania estatal e, consequentemente, de tudo o que representa. O direito administrativo comunitário, que resulta desse processo, é um importante exemplo desse processo de ruptura e do desafio que se apresenta para as sociedades. Diante da relevância dos Estados que compõe a comunidade europeia, essa transformação pode ser paradigmática. Prevalecendo o modelo europeu num futuro próximo, a repercussão sobre o debate democrático e sobre a proteção dos direitos humanos é inquestionável. Se não é possível afirmar seu inteiro teor, já é possível definir condições necessárias para a preservação desses princípios.

Sabe-se que o direito administrativo repercute na eficácia das políticas públicas de proteção e garantia dos direitos humanos e repercute no nível de democracia. A partir dos fundamentos tradicionais do Estado e do nível de ruptura que este fenômeno proporciona, pretende-se especular premissas para uma reflexão democrática de uma nova ordem, as hipóteses para o que pode ocorrer com as políticas públicas de perspectiva democrática. Também se pretende apresentar a internacionalização do direito administrativo em decorrência do direito supranacional comunitário europeu e relacionar esta internacionalização com a democracia e com a proteção dos direitos humanos.

Uma hipótese é a estagnação da evolução democrática e protetiva da União Europeia em razão do afloramento dos nacionalismos, das crises imigratórias e da competição agressiva e destruidora do capitalismo liberal globalizado. Outra hipótese razoável é a consolidação das instituições que a União Europeia criou, como o parlamento europeu, o euro etc., enraizados numa identidade europeia que se forma, a ponto do cidadão europeu não admitir retrocesso.

Metodologia: Trata-se de uma pesquisa em fontes bibliográficas, segundo a conjugação dos métodos dialético e dedutivo. Foram consultadas doutrinas nacionais e estrangeiras. Chegou-se a hipóteses seguras, em conformidade com os métodos e com as fontes.

2 BASES DO DIREITO COMUNITÁRIO EUROPEU

A União Europeia é resultante da evolução mais significativa do direito comunitário internacional. As modalidades de comunidades econômicas foram experimentadas neste percurso numa sequência lógica e gradual, o que propiciou parte do sucesso europeu, com uma maturidade necessária. Naturalmente, foram condições sócio-políticas diferentes das demais comunidades ocorridas ou propostas como, por exemplo, o NAFTA, o MERCOSUL e a ALCA. Os europeus enfrentaram desafios únicos e ainda há barreiras a transpor. A tipologia a seguir corresponde ao “mapa” histórico do Direito Comunitário Europeu.

a) Tipologia das comunidades internacionais contemporâneas – Para evitar confusões terminológicas, é necessário iniciar por alguns conceitos básicos, como *comunidade* e *direito comunitário*. Enquanto *comunidade* é o agrupamento por laços de identidade e por interesses comuns, *direito comunitário* é um conceito específico das comunidades de Estados, que trata das normas internacionais aplicadas às relações de integração entre os Estados (Rocha, 2012, p. 103). A integração regional entre os Estados é o mote deste direito comunitário. As comunidades internacionais estatais possuem normas que são contempladas dentro do Direito Internacional Público. Mas hoje se formou como um verdadeiro ramo desse direito: o Direito Comunitário Internacional. Também algumas dessas comunidades possuem organizações internacionais destinadas à sua condução. Atualmente as comunidades internacionais que se destacam são as econômicas. Há um conjunto de modalidades de comunidades econômicas, mas nada impede que os Estados formulem variações. A sequência abaixo, por mais que represente uma sequência evolutiva, também não obriga os Estados a segui-la: i) Zona de integração fronteiriça – É a comunidade que se forma numa microrregião fronteiriça, envolvendo um conjunto de municípios vizinhos pertencentes a Estados diferentes. O objetivo é facilitar as relações que naturalmente se formam entre as comunidades municipais vizinhas, geralmente de natureza comercial, além do trânsito de pessoas, que contribui para a formação de famílias, para o uso de serviços públicos, para a participação em eventos públicos etc.; ii) Zona de união alfandegária – É a zona comunitária entre Estados que reduzem as barreiras comerciais burocráticas recíprocas. Muitas vezes o comércio internacional é inviabilizado pela dificuldade dos mercados atenderem às exigências dos compradores. Parte destas exigências tem o propósito de reduzir a pressão comercial e proteger o produto local. Mas essas exigências acabam por atingir produtos que a demanda local necessita. A união alfandegária reduz as formalidades técnicas de documentação, exigidas, por exemplo, em matéria sanitária,

ambiental, de pesos e medidas etc.; iii) Zona de livre comércio – É a comunidade entre Estados que libera o comércio recíproco das tarifas de importação e exportação. Facilita também as barreiras burocráticas para a circulação de mercadorias. É a modalidade mais frequente; iv) Zona de preferências aduaneiras – É a zona de livre comércio acrescida de uma Tarifa Externa Comum (TEC). A Tarifa Externa Comum impõe aos membros da comunidade um padrão único de tarifas para as importações e exportações com países de fora da comunidade. A intenção é evitar que os produtos estrangeiros de Estados sem acordo de livre comércio entrem pelas fronteiras do vizinho comunitário. A TEC é fundamental para o funcionamento do livre comércio, mas é de difícil implantação porque a análise das tarifas impostas aos Estados não membros é realizada produto por produto comercializado, conforme as condições de demanda e produção de cada Estado comunitário; v) Mercado Comum – É a comunidade internacional que amplia a livre circulação de mercadorias para a livre circulação de pessoas, capitais e serviços. A integração nesta modalidade é mais efetiva, pois envolve as populações. Mas o mercado comum exige a instalação de mecanismos comuns de controle fronteiriço para os que não são partes da comunidade, pois agora há mais interesses envolvidos, como as políticas migratórias e as políticas fiscais sobre o fluxo de capitais. É a partir de um Mercado Comum que a presença de um direito administrativo comunitário se faz efetivo, com políticas, normas e atos administrativos para as relações que se formam com o propósito comunitário, como a atuação da administração na prestação de serviços para o cidadão comunitário, na defesa dos consumidores, na gestão da política econômica e monetária; vi) União econômica – É a evolução natural de um mercado comum, pois a circulação de riquezas num âmbito de um verdadeiro mercado implica no surgimento de uma moeda única, um banco central único, um órgão de regulação permanente da comunidade (um parlamento), um judiciário para questões da comunidade e uma política de redução da desigualdade regional com a distribuição de recursos públicos de fundos criados na comunidade. Envolve não somente direito comunitário, mas Direito Comercial, Direito Constitucional, Direito Administrativo etc. É efetivamente neste tipo que há um Direito Administrativo comunitário (usando-se como referência a experiência europeia). Especialmente por conta da supranacionalidade das normas, com a autonomia normativa que possibilita a consolidação do sistema administrativo, além da distribuição tripartite ao modo de Montesquieu, com uma gestão administrativa relativa, e com a maior integração e a sua repercussão na circulação de bens, pessoas e serviços (Rocha, 2012, p. 103).

b) A Europa e a sua trajetória no Direito Comunitário – A primeira experiência relacionada ao Direito Comunitário Europeu foi a Comunidade do Carvão e do Aço (CECA),

criada no pós-guerra, em 1952, entre Alemanha Ocidental, França, Itália e Benelux, como uma comunidade de livre comércio de carvão e aço para a reconstrução da indústria de base desses países. A experiência evoluiu para uma comunidade de livre comércio mais ampla, a CEE, pelo tratado de Roma, de 1957 (em 1965 CECA e CEE se fundem), onde o nível de integração regional evoluiu para a adoção de uma política tarifária externa comum (equivalente à TEC) e políticas comuns para agricultura, transporte e circulação de mão-de-obra. Em 1992, com o Tratado de Maastricht, a CEE passa a chamar-se Comunidade Europeia (CE). Neste período outros Estados aderiram ao bloco: Reino Unido, Irlanda, Dinamarca, Grécia, Espanha e Portugal. Em 1993 é fundada a União Europeia, resultante da fusão das comunidades europeias, mas com uma natureza diferente: uma união econômica, com moeda comum, banco central e integração normativa supranacional em política econômica pelo parlamento europeu (UNIÃO EUROPEIA, 2018).

Além da política de livre circulação de pessoas, bens e capitais, das políticas comuns para agricultura, desenvolvimento regional, comércio e pesca, a UE avançou para um sistema de regulação autônoma sobre estes temas, a caracterizar a supranacionalidade; também avançou para uma política mais incisiva de investimentos do bloco nas particularidades dos membros com fins à realização destas políticas; avançou, por consequência, na regulação e controle destes investimentos, com um direito administrativo comunitário; por fim avançou com a zona do euro, um sistema monetário, em torno de uma moeda comum, que repercute na economia e na integração dos membros (União Europeia, 2018).

A supranacionalidade europeia, com a competência atribuída ao Parlamento Europeu para legislar sem a necessidade de ratificação dos Estados membros, representa uma das grandes transformações para a concepção política do Estado contemporâneo, uma aposta para o futuro do Estado. A União Europeia também possui uma divisão segundo o modelo de Montesquieu, com órgão executivo (Comissão Europeia), legislativos (Conselho da União Europeia e Parlamento Europeu) e judiciário (Tribunal de Justiça da União Europeia) (União Europeia 2018).

3 DIREITO ADMINISTRATIVO COMUNITÁRIO EUROPEU E SUA REPERCUSSÃO INTERNACIONAL

O direito comunitário europeu evoluiu para a formação de um direito administrativo comunitário e deste, para um direito administrativo que se internacionaliza, pelo menos no âmbito da comunidade.

Esse direito se caracteriza por produzir uma uniformização do direito administrativo dos Estados-membros; por criar uma legalidade típica; criar um ato transnacional; por afetar o regime jurídico de diversos institutos administrativos, entres os quais discrimina Paulo Otero:

São hoje visíveis nos seguintes principais domínios:

- (i) A contratação pública, incluindo regras sobre o procedimento administrativo contratual e as garantias contenciosas específicas;
- (ii) A atividade económica dos poderes públicos, designadamente a formulação de um conceito de empresa pública e a sua sujeição genérica ao Direito da concorrência, além de uma profunda alteração da matéria referente à gestão dos serviços públicos;
- (iii) A definição de regras em matéria política económica e monetária, política social, educação, formação profissional e juventude, saúde pública, defesa dos consumidores, investigação e desenvolvimento tecnológico, sem embargo de outras políticas comunitárias;
- (iv) A função pública, envolvendo os princípios da livre circulação de trabalhadores e da abolição de toda a discriminação em função da nacionalidade entre os trabalhadores dos Estados-membros e uma redefinição dos critérios de acesso ao emprego público;
- (v) O urbanismo e o meio ambiente;
- (vi) A responsabilidade civil do Estado pelo incumprimento do Direito Comunitário;
- (vii) Em termos contenciosos, além da violação da legalidade comunitária ser fonte de invalidade dos actos das Administrações dos Estados-membros, observa-se a projecção das normas comunitárias sobre o direito processual nacional (Otero, 2003, p. 464).

Há um novo direito administrativo, e é um direito administrativo que se distingue por ser comunitário. O seu sentido inverso também é válido, um direito comunitário que, por repercutir tanto no direito administrativo, é um direito comunitário que é predominantemente administrativo.

Uma tal “contaminação” da normatividade interna pela ordem jurídica comunitária, reforçando a complexidade do sistema jurídico, abre hoje uma nova dimensão ao Direito Administrativo: a caracterização da Comunidade Europeia como sendo uma “Comunidade de Direito Administrativo”, gera naturais efeitos sobre a legalidade administrativa de cada um dos Estados-membros, assistindo-se a um fenómeno de comunitarização ou europeização do Direito Administrativo, não obstante a Comunidade Europeia não dispor ainda de um Direito Administrativo sistematizado (Otero, 2003, p. 457).

A reforma, eventualmente próxima, do direito constitucional europeu só poderá vir confirmar uma realidade já hoje indesmentível: a incidência do direito comunitário nos direitos administrativos dos Estados-membros é de tal monta que vários autores falam já numa verdadeira “comunitarização” ou “europeização” dos direitos administrativos nacionais (Sousa, Matos, 2008, p. 66).

O novo direito administrativo, que é fruto do modelo que a integração comunitária europeia adotou, é um direito administrativo que deve observar a composição entre os ordenamentos, como observa Colaço Antunes:

O direito administrativo abandonou definitivamente o Estado, que é agora um artefato do passado, o paraíso perdido.

É no ordenamento jurídico compósito da União Europeia que se devem procurar os critérios iluminantes em relação às categorias fundantes do direito administrativo. *Se quisermos estudar este ramo de direito público para ver o futuro temos que olhar para lá do Estado* (Antunes, 2012, p. 143).

A natureza composta e multinível do ordenamento jurídico europeu (comunitário) implica a necessidade de colaboração entre as Administrações nacionais e a Administração comunitária (integração vertical) e uma crescente colaboração transnacional entre as várias Administrações dos Estados-membros da União Europeia (integração horizontal) (Antunes, 2012, p. 150).

Essa composição aproxima-se, conforme Paulo Otero, de um modelo federativo, um “federalismo de execução”.

Vigora no Direito Comunitário, por efeito do Tratado e de desenvolvimento jurisprudencial, uma regra que confia normalmente à competência dos Estados-membros a execução de decisões comunitárias, criando assim um verdadeiro “federalismo de execução” (Otero, 2003, p. 471).

Entretanto, essa conclusão, a nosso ver, se restringe mesmo para a observação do modelo de execução comunitária, porque o que está em jogo também é o paradigma das sociedades políticas. Conforme Colaço Antunes, a União Europeia é a atual referência para a forma política hegemônica, a substituir o Estado Moderno.

A União Europeia é a atual forma histórica de um ordenamento jurídico de fins gerais, em substituição do Estado como penúltima personalização (histórica) de um ordenamento jurídico geral.

O ordenamento jurídico da União Europeia é um ordenamento compósito, que integra os ordenamentos nacionais com base nos princípios fundamentais do primado e do efeito direto, de criação jurisprudencial (Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE) (Antunes, 2012, p. 149).

A nova administração pública comunitária se fundamenta, naturalmente, numa “nova legalidade administrativa”. “Nova” porque corresponde a uma autoridade legitimadora distinta da fórmula tradicional e, conseqüentemente, produzida sob condições distintas, quais sejam, a) a conjugação entre direito nacional e direito comunitário, a romper com o padrão normativo soberano; b) uma predominância da norma comunitária, no que é de regulação comunitária, a reforçar a tese do acaso do Estado soberano (qualquer tentativa de ver na União Europeia um super Estado é sem fundamento, pois a integração sequer se aproxima disto); c) uma nova tipologia de atos administrativos, próprios do direito comunitário.

Quanto às condições a) e b), há um novo paradigma para a legalidade, uma legalidade derivada de uma sincronia entre os ordenamentos jurídicos (bem distinta de uma possível comparação com a integração imaginada pelo monismo kelseniano para o direito nacional e o direito internacional). A legalidade comunitária, de tipo “federativa”, sem ser estatal. Neste sentido pode-se ver a opinião dos autores portugueses consultados:

O Direito dos Estados-membros encontra-se vinculado a respeitar, segundo impõem os princípios do primado e da aplicabilidade directa, o Direito Comunitário.

O Direito Comunitário constitui, neste sentido, uma ordem jurídica que se sobrepõe ao Direito dos Estados-membros no âmbito das respectivas atribuições concorrentes, estabelecendo os princípios que estes últimos devem respeitar. Existe aqui uma repercussão tão intensa do Direito Comunitário sobre os Direitos Nacionais que poderá mesmo considerar-se que gera um tal grau de convivência que aquele deixa de ser um corpo jurídico separado do Direito de cada um dos Estados-membros (Otero, 2003, p. 463).

A integração numa união económica e monetária, em exigências de convergência orçamental (como acontece actualmente com o pacto de estabilidade e crescimento) têm inevitáveis consequências sobre o dimensionamento da administração pública em sentido orgânico e em sentido material, impondo reformas que estão na ordem do dia em diversos Estados-membros.

Por outro lado, a integração europeia tem acentuado a governamentalização dos sistemas de governo dos Estados-membros, efeito de índole sobretudo político-legislativa que acaba, contudo, por se projectar nas fronteiras da actuação governamental administrativa, e não apenas na matéria da transposição de directivas (Sousa, Matos, 2008, p. 120).

Creio que o elemento unificador da pluralidade de manifestações jurídico-organizativas da Administração pode passar, como observa uma monumental e recente monografia alemã, pela relação entre uma legalidade formal e uma legalidade material construída ao nível da jurisprudência e do ordenamento jurídico comunitário, com base na cláusula semifederal da primazia do direito da União Europeia sobre os ordenamentos jurídicos nacionais (Antunes, 2012, p. 130).

Quanto à nova tipologia (c) de atos administrativos, Colaço Antunes expõe bem as suas razões, próprias do ambiente comunitário:

É indiscutível constatar que, frequentemente, os atos administrativos são eficazes em âmbitos territoriais mais amplos ou mais acanhados em comparação com o âmbito de vigência das normas que aplicam, podendo, inclusive, a eficácia de um ato ditado por um órgão de uma Administração nacional ultrapassar a “fronteira” e projetar-se noutros ordenamentos nacionais. Esta realidade comunitária explica o nascimento de uma nova figura: o ato administrativo transnacional. (...). A justificação desta nova figura assenta na necessidade de satisfação plena das quatro liberdades fundamentais da União Europeia (livre circulação de pessoas, bens, serviços e capitais). Exemplificando, se a norma jurídica aplicável à autorização de novos alimentos ou ingredientes alimentares é a mesma para 27 Estados-membros da União Europeia, resultava incompreensível que, no mercado interno, uma empresa que produza tais bens e os queira pôr em circulação tivesse que obter 27 autorizações (Antunes, 2012, p. 152).

Há várias classificações na doutrina. Uma síntese delas distribui os atos administrativos comunitários nas seguintes categorias, também segundo Colaço Antunes:

[...] há toda uma tipologia de ato administrativo transnacional. Temos, assim, atos administrativos com eficácia transnacional automática (por exemplo, as cartas de condução), atos que são objeto de decisões comuns (por exemplo, autorização de comercialização de novos produtos alimentares) e ainda atos sujeitos a (mútuo) reconhecimento (por exemplo, o reconhecimento, em regra, passivo, de títulos académicos de outros Estados através de um ato de equivalência). A situação é diferente quando o título de legitimação é uma norma ou tratado internacional, o que implica do Estado receptor um ato de homologação do título académico (Antunes, 2012, p. 154).

4 DESAFIOS DO DIREITO COMUNITÁRIO ADMINISTRATIVO EUROPEU E A DEMOCRACIA

Pressupondo que a União Europeia e seu direito administrativo comunitário seja o paradigma para o direito administrativo e para as sociedades políticas hegemônicas no século XXI, a repercussão para a perspectiva democrática precisa de um delineamento. É preciso identificar premissas, já que para esta análise ainda há de se somar muitos elementos a definir (entre eles, a estabilidade da União Europeia e a capacidade do modelo em tornar-se paradigma).

A premissa a), para a sobrevivência democrática, é a necessidade de que o novo direito administrativo não se desvencilhe do ideal do Estado de Direito, a preservar, naturalmente, o princípio da legalidade. Se a União Europeia significa um novo modelo de sociedade política hegemônica, se não possui o fundamento do Estado Moderno, que é a condição soberana do poder, até que ponto isto pode afetar a estrutura pública de gestão e o seu funcionamento burocrático pautado na legalidade?

Para além de existirem todas as características próprias do ordenamento geral, a democraticidade e politicidade têm agora outra densidade. Os fins deixaram de ser limitados para alcançarem um nível geral; o indivíduo é um verdadeiro sujeito jurídico e um cidadão europeu, titular de direitos fundamentais, atingindo a justa promoção de sujeito *optimo jure* do ordenamento jurídico europeu (Antunes, 2012, p. 124).

Os processos de globalização e reformulação sistêmica neoliberal confirmam um enfraquecimento do Estado Moderno, mas também um enfraquecimento do Estado Social e, em certa medida, do Estado Liberal, em sua face jurídica de arcabouço protetivo das liberdades individuais sob o título de Estado de Direito.

Um Estado menor e, quando isso não for possível (o que é comum), um Estado mais eficiente. A eficiência administrativa não é sinônimo de neoliberalismo, mas se situa no mesmo patamar das respostas para a crise atual do Estado e da administração. A concorrência global afeta principalmente a gestão orçamentária do Estado, para além de um juízo valorativo do modo de gestão, a eficiência (a opção ótima) é, naturalmente, a primeira resposta. O que se vê, recorrentemente, para a teoria do Estado e da administração pública em geral, é que o discurso da eficiência administrativa, atual e voraz, se confronta com o princípio da legalidade.

Passamos de uma sociedade política a uma sociedade organizacional, entendida essa última como uma sociedade de gestão sistêmica e tecnocrática que serve de legitimação e referência aos direitos da pessoa e, portanto, define uma liberdade de maneira totalmente privada. Isso inclui o pressuposto equivocado de que o livre mercado geraria necessariamente sistemas democráticos, já que as pessoas que têm livre opção econômica tenderiam a exigir também a livre opção política das democracias multipartidárias (Dupas, 2003, p. 59).

Há, atualmente, um alargamento da ideia de legalidade, a confundir-se com juridicidade (a legalidade inerente também nos princípios e na conjugação das normas). Essa compreensão, atual, traz também o risco (ou necessidade) de uma flexibilização do conceito para uma compatibilização outros princípios em conflito.

A premissa b) é a preservação do sujeito cidadão, diante do perigo das vicissitudes da sociedade pós-moderna (individualismo exacerbado e a desagregação das sociedades política e civil). Que esta perspectiva pós-moderna para a democracia não encontre na forma europeia comunitária um terreno fértil.

O exercício da democracia é a luta permanente dos *sujeitos* contra a lógica dominante dos *sistemas*. No entanto, o espaço da liberdade está se reduzindo progressivamente a um ato de consumo. A internacionalização das mídias e o progressivo rompimento do delicado equilíbrio de fronteiras entre Estado, sociedade civil e indivíduo fazem a prática dessa liberdade dissociar-se cada vez mais da ideia de compromisso com sua sociedade e seu meio cultural. A democracia passa, assim, a ser ameaçada em duas frentes principais: o individualismo extremo, que abandona a vida social aos aparelhos de gestão e aos mecanismos de mercado; e a desagregação das sociedades política e civil (Dupas, 2003, p. 11).

Tradicionalmente (para o modelo de Estado em crise, especialmente nas sociedades centrais europeias), o cidadão é um sujeito de articulação política com o Estado, em crescente regulação e proteção de direitos. Em certa medida, a sociedade comunitarizada em nível continental significa uma diluição das instâncias (de regulação e de implementação de políticas públicas). Mas também há o elemento cultural pós-moderno, de um indivíduo que não se vê mais como um cidadão tradicional. Onde a coletivização de sua voz pelas representações

tradicionais não faz mais sentido, porque ele não se comunica mais assim, porque também não corresponde às suas formas de se socializar (seu modelo de família, de trabalho, de lazer – a diluição das formas de família, a virtualização do trabalho e do lazer etc.).

A premissa c) é que a proteção dos direitos humanos não adquira uma rota de retrocesso. Esses momentos de transformação sistêmica são perigosos no sentido de reverter, inverter ou abandonar processos. Não necessariamente a União Europeia ou os processos que ocorrem sob o título de pós-modernidade, coincidentes ou não com a comunidade, são sinônimos de desregulação social, de desproteção do indivíduo, do cidadão e do Estado de Direito, mas há um modo operativo dos sistemas sociais novo. Na pós-modernidade, segundo Freitag, entre outros paradigmas, há a substituição do político como campo de debate sobre as normas fundamentais pelo campo político como lugar de soluções para problemas particulares; os direitos do homem universalistas e colocados em prática na legislação geral são substituídos por direitos da pessoa, protegendo particularismos privados e sancionados pela via de litígios judiciais; a legalidade e a legitimidade é substituída pela operatividade e eficácia; a expressividade coletiva e a instrumentalidade privada é substituída pela expressividade privada e instrumentalização do coletivo; a justificação *a priori* (questão de direito) é substituída pela avaliação pragmática *a posteriori* (questão de fato); a hierarquia das normas é substituída adaptação funcional (Freitag, 2002).

Há um sentido de pragmatismo e eficiência com risco de atropelamento das conquistas sociais emancipadoras do indivíduo. Por outro lado, o indivíduo não é mais o mesmo, então há que se perguntar, que direitos esse novo indivíduo precisa, para se proteger?

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A União Europeia assumiu a vanguarda contemporânea dos modelos políticos que se pretendem hegemônicos. É a comunidade internacional mais evoluída. O estágio atual, de união econômica, resultou num direito administrativo comunitário e dele, a incerteza quanto às políticas públicas de proteção de direitos fundamentais, de efetividade do Estado de Direito e de garantia do debate democrático. Por outro lado, a Europa possui uma tradição progressista em matéria de direitos humanos e de democracia. É a compatibilidade entre o direito comunitário e a democracia que se apresenta como um desafio.

A democracia é a forma de governo que a modernidade elegeu, é a idealização mais sedutora da política. Entretanto, só a conhecemos numa perspectiva estatal, não há experiência

de organização política democrática que signifique uma forma de governo e que se aplique a um poder diferente de uma sociedade política com um povo e sobre um determinado território. Neste campo, há experiências democráticas, não há uma democracia. A comunidade internacional ainda é embrionária no papel da cidadania em seus fóruns de decisão.

O debate sobre a proteção dos direitos humanos e da democracia deve ser contínuo e deve observar as transformações das instituições e das relações de poder. A globalização é uma generalização de fenômenos econômicos e políticos ocorridos a partir das últimas décadas do século passado e que ainda apresenta novidades e desafios. O vigor da formação de blocos regionais como comunidades de Estados também pode ser associado a essa época, pelo menos a sua caracterização atual não pode ser dissociada dos efeitos da globalização econômica.

A administração pública, e a sua regulação, em termos de União Europeia, ainda está por definir o seu papel no futuro próximo (comunitária, globalizada, pós-moderna ou o que se apresente como síntese paradigmática). Mas somente continuará a tradição democrática europeia se cumprir o papel de preservar a) os fundamentos do Estado de Direito, em especial, o princípio da legalidade; b) o protagonismo do sujeito cidadão; c) a trajetória protetiva positiva dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, L. F. C. **A ciência Jurídica Administrativa**. Coimbra: Almedina, 2012.

DUPAS, G. **Tensões contemporâneas entre o público e o privado**. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

FREITAG, M. **L'oubli de la société: pour une théorie critique de la postmodernité**. Rennes: Universitaires de Rennes, 2002.

OTERO, P. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

ROCHA, M. I. C. **Direito Internacional Público**. Resumido. Franca-SP: Ribeirão Ed., 2012.

ROCHA, M. I. C. **Curso de Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 2.ed. Franca-SP: Ribeirão Ed., 2013.

SOUSA, M. R. de.; MATOS, A. S. de. **Direito Administrativo Geral**. Tomo I. Introdução e princípios fundamentais. Alfragide/Portugal: Dom Quixote, 2008.

UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: https://europa.eu/european-union/index_pt. Acesso em: 29 ago. 2018.

DO ATO À ATIVIDADE COOPERATIVA

DINIZ, Gustavo Saad¹

ISSUE DOI: 10.3738/1982.2278.4399

RESUMO: O ato cooperativo caracteriza a qualificação jurídica da sociedade cooperativa no Direito brasileiro e determina a interpretação sistêmica das regras operacionais e das relações entre cooperado e cooperativa e vice-versa. Entretanto, observa-se que a teoria do ato cooperativo não tem sido suficiente para solucionar todas as complexas questões econômicas, propondo-se neste estudo a compreensão da cooperativa como organização, com evolução do ato cooperativo para a atividade cooperativa.

Palavras-chave: Cooperativa. Ato cooperativo. Organização. Atividade cooperativa.

FROM ACT TO COOPERATIVE ACTIVITY

SUMMARY: The cooperative act characterizes the legal qualification of the cooperative in Brazilian law and determines the operational rule's systemic interpretation and the relations between partners and cooperative and vice versa. However, it is observed that the theory of the cooperative act has not been sufficient to solve all complex economic issues, proposing in this study the understanding of the cooperative as an organization, with the evolution of the cooperative act to the cooperative activity.

Keywords: Cooperative. Cooperative act. Organization. Cooperative activity.

Homenagem à Faculdade de Direito da Fundação Educacional de Ituverava

Este texto foi elaborado em homenagem aos 20 anos da fundação do curso de Direito da Fundação Educacional de Ituverava. A entidade suplantou os objetivos e metas na criação do curso, porque não somente cumpriu os mandamentos de ensino, pesquisa e extensão no campo jurídico, como também serviu de instrumento de transformação social. Já se vão duas gerações de pessoas graduadas em Direito por esta Escola que encontrou o seu espaço no cenário sociojurídico, com Docentes dedicados, Egressos que implementam e atuam efetivamente na pacificação social e vindouras gerações de Estudantes que podem encontrar guarida na FEI. Novos lustros venham a esta Faculdade!

1 CARACTERIZAÇÃO DO ATO COOPERATIVO

Para oferecer contraponto aos vetustos atos de comércio do revogado Código Comercial de 1850, qualificaram-se os negócios da cooperativa com cooperado – e deste com aquela –

¹ Doutor e Livre Docente em Direito Comercial pela USP/SP. Professor associado da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - USP/SP.

com a *fattispecie* do ato cooperativo, previsto no art. 79 da Lei nº 5.764/71 (LCoop). Prevê a lei, no Capítulo XII, que trata do Sistema Operacional da Cooperativa:

Art. 79. Denominam-se atos cooperativos os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associados, para a consecução dos objetivos sociais.

Parágrafo único. O ato cooperativo não implica operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria (Brasil, 1971).

Consentâneo com o cooperativismo latino-americano, o legislador brasileiro determinou que os negócios do cooperado com a cooperativa, abrangidos pelo objeto social estatutário, podem ter um tratamento diversificado. Isso porque a cooperativa se oferece como um instrumento do cooperado para lhe prestar serviços e atuar como uma intermediária entre o cooperado e o mercado para obtenção de escala de trocas. Assim, a cooperativa se molda como entidade tributariamente neutra, porque enquanto celebra atos cooperativos, ela simplesmente permite ao cooperado o acesso para as trocas intermediadas pela sociedade.

Extraem-se os elementos essenciais da cooperativa, dos quais se destacam: (a) sociedade de pessoas; (b) ausência de fim lucrativo; (c) ausência de receita própria; (d) prestação de serviços como função primordial, art. 7º da Lei nº 5.764/71 (Brasil, 1971); (e) sócio-usuário (Franke, s.d.).

Compreender esse aspecto operacional é importantíssimo, porque se trata do parâmetro interpretativo de todo esse sistema cooperativo, que começa com o art. 174, §2º, da CF ao estabelecer que a “lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo”. Nesse verdadeiro programa constitucional, determina-se que o sistema seja emoldurado para que o cooperativismo tenha regulação compreensiva do ato cooperativo e sua peculiaridade técnico-econômica. Justifica-se, dessa forma, o adequado tratamento tributário do ato cooperativo (art. 146, III, “c”, da CF) (Brasil, 1988) e até mesmo a extraconcursalidade do art. 6º, §13, da Lei nº 11.101/2005 – LREF (Brasil, 2005).

Todavia, é possível afirmar que a teoria do ato cooperativo não tem sido suficiente para explicar toda a complexidade da atividade cooperativa, chegando o momento de compreender a cooperativa como organização peculiar, que evoluiu *do ato à atividade*, inclusive para serem evitados os problemas de interpretação legislativa (Diniz, 2024).

2 A COOPERATIVA COMO ORGANIZAÇÃO

2.1 Teoria das organizações

A organização representa categoria econômica de justaposição de fatores finalisticamente concatenados (Diniz, 2024). Juntam-se pessoas, capital, trabalho, propriedade e tecnologia para produção ou para serviços. A organização combina todos esses elementos para objetivo comum de definir posteriores escolhas estratégicas, manejo de recursos, eficiência econômica e atribuição de direitos e deveres aos agremiados. Weber (1999, p. 25) esquadrinhou a explicação organizacional formal por regras internas que as pessoas creem racionais e adequadas a objetivos comuns, com grupos organizados para adequação de meios aos fins. Na teoria weberiana, as sociedades são grupos sociais secundários porque as pessoas têm relação regida por regulamentos internos e por regras definidoras de poder societário, com a definição de burocracia interna de gestão.

A teoria weberiana serviu de base para outras análises que a sucederam. Entre elas, cita-se a teoria sistêmica, que propõe: “uma organização deve ser analisada como um tipo especial de sistema social, organizado em torno da primazia de interesses pela consecução de determinado tipo de meta sistêmica” (Wahrlich, 1977).

Assim, a organização passa a ser um dos “atributos da atividade, para a qual é criada e à qual serve” (Buonocuore, 2002, p. 110). Nesse sentido, afirma Buonocuore (2002, p. 111), que a atividade pode ser colocada a serviço da organização, não somente para mantê-la no mercado, como também para funcionalização da atividade à sobrevivência e manutenção da organização em si, ainda que em cenários de crise. Organizações podem ter atividade empresarial, “porém, a muitos deles aplicam-se regimes jurídicos nem sempre iguais aos previstos para a empresa” (Weber, 1999, p. 25). Por esse motivo, afirma Sztajn (2004, p.105),

Além de haver atividades econômicas e não econômicas, dentre essas empresárias e não empresárias, podem ser ainda classificadas em principais e secundárias, exercidas estas enquanto meios para realizar a principal. Isso explica a razão de muitas atividades secundárias serem incluídas entre empresariais.

Seguindo esses modelos teóricos, as cooperativas podem ser compreendidas como *organizações peculiares*, porquanto se tenha nesse grupo de pessoas a adequação de meios produtivos *para que a organização sirva ao sócio e ele dela se utilize* para melhora da sua condição social e da sua economia de escala. As cooperativas passam a ser analisadas pela

atividade de intermediação que fazem em benefício do cooperado, com trocas realizadas no mercado, em relações de massa ou por meio de instrumentos tecnológicos, para uma cadeia de negócios e atos (Sztajn, 2004, p.14). Alguns dos negócios são de mercado; todavia, a vocação da organização cooperativa é a prática sistemática e coordenada de negócios em favor do cooperado, com ganhos de escala e eficiência econômica nas intermediações especializadas e de serviço ao cooperado.

A partir dessa compreensão, a mera intermediação de atos cooperativos isolados é suplantada pela compreensão da cooperativa como organização especializada para o objetivo social de *atividade cooperativa* ou um conjunto de atos coordenados para os ganhos proporcionados aos cooperados em todas as suas dimensões – negociais, obtenção de sobras e sociais (Sztajn, 2004, p.68)².

2.2 Atividade econômica

Além das organizações, os economistas descreveram as hierarquias como instrumento hábil à formação de preços no mercado. Em outros termos, além de comportamentos tendentes a estabilizar os preços por meio da *oferta* e da *procura*, observou-se que as organizações hierarquizadas podem produzir de forma eficiente e diminuir os custos de transação que são incorporados por terceiros nas negociações livres de mercado (de oferta e procura). A firma, ou empresa, passou a explicar a apreensão de fatores de produção – capital, natureza, trabalho e tecnologia – e organização para fins de produção ou a circulação de bens ou de serviços (Coase, 1990).

Com essas organizações chamadas firmas (ou empresas), evoluem-se dos *atos isolados* para as *atividades* esquematizadas num sistema produtivo e com potencial de redução dos custos transacionais ao ponto de se tornarem inferiores àqueles de mercado Sztajn (2004, p.127). Afirmou Sylvio Marcondes (1977, p.7) quanto à análise conjunta dos atos:

[...] a prática de atos, quando continuamente reiterada, de modo organizado e estável, por um mesmo sujeito, que busca finalidade unitária e permanente, cria, em torno desta, uma série de relações interdependentes que, conjugando o *exercício coordenado dos atos*, os transubstanciam em *atividade*. E, assim como partindo do conceito de negócio jurídico, se erige um *sistema de atos*, cabe assentar-se os postulados normativos do *exercício da atividade*. *Atos negociais* e, portanto, *atividade negocial*. Atividade se manifesta *economicamente na empresa* e se exprime

² “Instituições são caracterizadas pelo liame que estabelecem entre indivíduos que as organizam, pela estrutura que as conforma, pelas regras que as definem e que elas aceitam”

juridicamente na titularidade do empresário e no modo ou nas condições de seu exercício.

Sendo descrição fática mais dinâmica, os regramentos de direito positivo passaram a incorporar a *fattispecie* do empresário para definir uma categoria jurídica específica e que, de forma mais completa e abrangente, passou a regular uma atividade econômica lucrativa de produção e prestação de serviços, art. 966 do Código Civil (Brasil, 2002). Além disso, no caso brasileiro, ainda houve rompimento decisivo com a vetusta teoria dos atos de comércio, que não permitia mais a flexibilidade necessária para a qualificação de instrumentos e atividades econômicas em grande evolução.

A partir de uma descrição fática mais dinâmica e de maior intervenção nas categorias jurídicas, a teoria econômica da firma foi incorporada no texto positivo, com especial relevo para o *Codice Civile* italiano, de 1942, que acabou com a duplicidade de fontes de direito privado naquele país e rompeu com as incertezas da teoria dos atos de comércio para adotar a figura do *imprenditore*, descrito no art. 2.082 como sendo a pessoa que exerce profissionalmente atividade econômica organizada com o fim de produção, troca de bens ou de serviços – os atos passam a ser concatenados a um escopo comum (Buonocuore, 2002, p. 62). A descrição doutrinária migra das intermediações e relações de troca para a função das organizações e a coordenação dos contratos por meio dos quais a atividade é desenvolvida (Buonocuore, 2002, p. 341).

O conhecimento dessa fase assume grande importância porque o Código Civil brasileiro confessadamente se influenciou pelo *Codice Civile* da Itália, trazendo-nos essa nova concepção na formulação da categoria jurídica do empresário, prevista entre nós no art. 966 do CC, com evolução do ato à atividade empresarial.

2.3 Do ato cooperativo à atividade cooperativa

A descrição feita nos itens 2.1 e 2.2 indica realidades econômicas que podem ser transportadas para a interpretação jurídica.

Até o momento, permeou a regulação das cooperativas a busca pelo ato cooperativo, que antagonizou com o ato de comércio. Entretanto, tem-se demonstrado insuficiente na apreensão de um fenômeno dinâmico e economicamente multifacetado no interior da organização. Diz Sztajn (2004, p. 95) sobre a atividade:

Compreende todos os atos praticados por uma pessoa naturalmente capaz que possam, também, ser considerados como fatos que implicam evento real (material ou jurídico), para os quais o agente deve estar em situação particular. A imputação de atos-fatos que integram a atividade faz-se sobre o autor material, ao eventual substituto, tudo dependendo da destinação dos efeitos jurídicos conexos a seu cumprimento; portanto, o ordenamento pode prever destinação una ou plúrima.

A cooperativa deve evoluir do ato à atividade. Não a atividade econômica especulativa e lucrativa, está mais apropriada para organizações moldadas para o lucro e aplicação massiva de capitais, mas sim para uma atividade compreendida no espectro de peculiaridades do cooperativismo (Namorado, 2005, p. 95)³. Será empreendida atividade como a somatória dos diversos atos praticados com os cooperados e com negócios feitos em favor dos cooperados (*atividade típica*). Essa expansão de compreensão da atividade cooperativa permite melhor englobar os negócios feitos em favor do cooperado em todas as dimensões da cooperativa, com facilitação de enquadramento no objeto social, na contabilidade e até mesmo para a adequada tributação.

Seriam englobados não somente o negócio feito com o cooperado, mas todos aqueles desempenhados em favor do cooperado, porque fazer parte da essência do escopo-fim ou objeto da cooperativa de servir ao cooperado. Por exemplo, é parte da atividade cooperativa agrícola não somente a entrega da produção na cooperativa, mas também a armazenagem, a comercialização e até a venda de insumos ao cooperado (negócios-fim ou internos e negócios-meio ou externos, conforme descrito por Walmor Franke). Feitas as operações contábeis, o resultado obtido compõe a sobra a ser devolvida para o cooperado (Franke, 1973).

Também facilita compreender que a cooperativa realiza atos com terceiros estranhos aos cooperados, sendo atividade de mercado (*atividade atípica*), que deve ser tratada com equivalência aos atos empresariais, inclusive para destaque na contabilidade e para fins de tributação.

Afirma Buonocuore (2002, p. 80) que a atividade cooperativa é pouco diferente a atividade empresária, mas que os textos legais devem destacar interna e externamente a mutualidade, com nova função da sociedade cooperativa mais centrada na gestão do serviço ao cooperado, mas sim com a prevalência da ajuda e integração econômica dos cooperados.

Os atos serão funcionalmente concatenados pelas peculiaridades da organização, com aparato estável para serviços ao cooperado, intermediação e inserção econômica, com

³ É importante a preservação da identidade da cooperativa, cuja demarcada é feita pelo ato cooperativo do direito latino-americano. Não é incomum que na Europa muitas vezes a aproximação das cooperativas em relação às atividades empresariais dificulte a preservação do modelo. Rui Namorado chega a afirmar que o ato cooperativo é uma “ausência que confunde”, por ser um “núcleo específico de práticas cooperativas”

cumprimento do comando legal do art. 3º da Lei nº 5.764/71 em relação à função do contrato de sociedade cooperativa: “Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro”. É tripartida, portanto, a característica da organização cooperativa (Brasil, 1971):

(a) *objeto da organização*: as cooperativas funcionalmente atuam na intermediação em favor do cooperado, celebrando atos primários em relação a eles, mas realizando operações de intermediação no mercado para maior integração econômica dos cooperados – tudo sem descaracterizar a identidade da cooperativa;

(b) *função da organização*: garantir a inserção econômica do cooperado e atividade de intermediação estável e operativa em favor dos interesses dos cooperados, além de promover o seu desenvolvimento social integral. Os feixes de contratos dessa organização são emoldurados para os interesses dos cooperados, enquanto sócios e enquanto pessoas beneficiadas pela organização;

(c) *sujeitos da organização*: o papel secundário do capital e do volume de negócios com a cooperativa ainda mantém o cooperado como protagonista dessa organização. As atividades cooperativas, ao romper com o isolamento do ato cooperativo, transcendem à compreensão da inserção econômica do sujeito como razão de existência da organização.

A proposta teórica de compreensão da atividade cooperativa em nada afeta ou descaracteriza a cooperativa que, de resto, não se transfiguraria para empresa pura e simples. Muito ao contrário, há que se respeitar a identidade da cooperativa para a definição da organização, formalmente decantada da *fattispecie* empresarial, mas com a atividade econômica bem definida e estruturada.

3 INSUFICIÊNCIA DO ATO COOPERATIVO EM VISTA DA TEORIA DAS ORGANIZAÇÕES

A preservação do ato cooperativo – em detrimento da compreensão completa da atividade – gera problemas interpretativos de diversa ordem, seja com utilização de preceitos gerais para subverter a interpretação do ato cooperativo, seja para estender tributação para negócios que são inerentes ao completo serviço da cooperativa ao cooperado.

3.1 Jurisprudência não tributária

Em termos de julgados, a visão restrita da cooperativa – e não da organização – causa rupturas de complexa adequação sistêmica. Observe-se, por exemplo, o caso das cooperativas de crédito. Pelo Enunciado nº 297 da Súmula do STJ, “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”. Sendo as cooperativas de crédito integrantes do sistema financeira (sem serem bancos), houve julgados do STJ afirmando que seria aplicável o CDC, ainda que a relação não fosse de mercado, mas com cooperado (Brasil, 2016). Tal entendimento foi alterado, em decisões posteriores, que entenderam que negócios celebrados entre cooperado e cooperativa de crédito tinham o regime peculiar do ato cooperativo, então uma emissão de Cédula de Produto Rural tem encargos específicos da relação com o sócio cooperado, inclusive para fins de multa (Brasil, 2017).

Ainda em tema de consumo, a compreensão da atividade cooperativa permite isolar adequadamente as cooperativas justapostas em federações, confederações ou alocadas dentro do sistema cooperativa de crédito. Com efeito, em todas as hipóteses as cooperativas singulares e coletivas resguardam total autonomia entre si, permitindo a compreensão funcional de cada uma nas operações e no isolamento de imputação de responsabilidade (Paraná, 2018).

A compreensão total da atividade da organização cooperativa permitiria diferir de imediato os atos de intermediação para o cooperado, atribuindo-lhes a necessária especialidade do regime das cooperativas e sem a interferência do CDC nos custos de transação.

O problema também se revela no caso das cooperativas habitacionais. O STJ editou recentemente o Enunciado nº 602 da Súmula, que prescreve: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos empreendimentos habitacionais promovidos pelas sociedades cooperativas”. Ainda que em negócios feitos com os cooperados, inoculou-se o custo de transação das regras consumeristas nas cooperativas habitacionais.

Não houve ressalvas no julgamento em relação à atuação em favor de terceiros e nem tampouco se a cooperativa atua como incorporadora de condomínio edilício. Em verdade, a Súmula nº 602 simplesmente considerou que os atos cooperativos habitacionais são indistintas relações de consumo.

Com a teoria da organização, a atividade da cooperativa poderia ser analisada em seu conjunto e com os fins de intermediação em favor dos cooperados sendo devidamente considerados.

3.2 Jurisprudência tributária

Em matéria tributária, o cooperativismo digladia nos Tribunais brasileiros desde o advento da Constituição Federal para definição do que se compreende o “adequado tratamento tributário do ato cooperativo” (Brasil, 1988, art. 146, III, “c”).

O estado do debate tem definições importantes pendentes no STF. No RE nº 599.362, o Min. Dias Toffoli expôs a possibilidade de tributação do ato cooperativo com regulação por lei complementar da forma adequada para tanto (Brasil, 2016). Por outro lado, no RE nº 672.215, de relatoria do Min. Luis Roberto Barroso, com repercussão geral reconhecida, o plenário voltará ao tema para a distinção entre “ato cooperativo típico” e “ato cooperado atípico”.

Releva notar que a ressalva do STF foi somente para atos da cooperativa com terceiros e externos à relação com o cooperado, sem a devida ressalva que não autoriza a generalização do precedente em repercussão geral. A afirmação se confirma com o conteúdo do esclarecimento em embargos de declaração tirado no RE nº 599.362 (Brasil, 2016):

proponho a seguinte tese de repercussão geral para o tema 323, diante da preocupação externada por alguns Ministros no sentido de adotarmos, para o caso concreto, uma tese minimalista: “A receita ou o faturamento auferidos pelas Cooperativas de Trabalho decorrentes dos atos (negócios jurídicos) firmados com terceiros se inserem na materialidade da contribuição ao PIS/Pasep.” 6. Embargos de declaração acolhidos para prestar esses esclarecimentos, mas sem efeitos infringentes.

Também no STJ a discussão tem relevo. No REsp nº 1.141.667, sob a sistemática dos Recursos Repetitivos, fixou-se a tese de que “não incide a contribuição destinada ao PIS/COFINS sobre os atos cooperativos típicos realizados pelas cooperativas”.

Por outro lado, há entendimentos que segmentam indevidamente o ato cooperativo, afirmando-o *próprio* ou *típico* quando relacionado diretamente com o cooperado e *impróprio* ou *atípico* quando a relação com o mercado. A diferença não é feita pela lei e o intérprete não pode ampliar ou criar conceitos; ato cooperativo é um só, com sua caracterização pelos negócios com a cooperativa em várias dimensões peculiares aos ramos do cooperativismo. A descrição genérica pelo que vem sendo chamado ato típico ou atípico simplesmente: (a) despreza a complexidade da cooperativa como organização que muitas vezes realiza negócios instrumentais para a efetivação do ato cooperativo; (b) não analisa as peculiares dos ramos do cooperativismo; (c) desconsidera a dinâmica de incidência de certos tributos, que são absolutamente incompatíveis com o regime de sobras devolvidas aos cooperados.

O fenômeno econômico da atividade cooperativa deve respeitar a completude do produto ou serviço repassado ou realizado pela cooperativa *em favor do cooperado*. A visão econômica da atividade passa a ser o repasse do resultado ao cooperado e não o ingresso de recursos na cooperativa.

Foi aprovada pelo Congresso Nacional a reforma tributária (PEC 45/2019), que determinou, entre os regimes específicos de tributação, aquele das cooperativas. O adequado tratamento tributário do ato cooperativo (Brasil, 1988, art. 146, III, “c”) passou a ser integrado por especificação de *não incidência tributária* descrita no art. 156-A, §6º, inciso III, alíneas “a” e “b”, com o seguinte teor:

Art. 156-A. Lei complementar instituirá imposto sobre bens e serviços de competência compartilhada entre Estados, Distrito Federal e Municípios.
(...) §6º. Lei complementar disporá sobre regimes específicos de tributação para:
III – sociedades cooperativas, que será optativo, com vistas a assegurar sua competitividade, observados os princípios da livre concorrência e da isonomia tributária, definindo, inclusive:
a) as hipóteses em que o imposto não incidirá sobre as operações realizadas entre a sociedade cooperativa e seus associados, entre estes e àquela e pelas sociedades cooperativas entre si quando associadas para a consecução dos objetivos sociais;
b) o regime de aproveitamento do crédito das etapas anteriores.

Observe-se, para fins de interpretação, que o art. 79 da LCoop foi diretamente transferido para o texto da Constituição Federal, ao se prever clara hipótese de não incidência “sobre as operações realizadas entre a sociedade cooperativa e seus associados, entre estes e àquela e pelas sociedades cooperativas entre si quando associadas para a consecução dos objetivos sociais”. Não há diferenciação de tipos de ato cooperativo (próprio ou impróprio, típico ou atípico). O ato cooperativo é um só, porque está englobado na atividade cooperativa e no ciclo econômico do objeto mutualístico desempenhado pela sociedade.

Além da formação do texto da legislação complementar, o cooperativismo será desafiado a manter a neutralidade tributária do modelo.

3.3 Extraconcursalidade do ato cooperativo

Demonstrou-se um caráter instrumental da sociedade cooperativa, na medida em que posiciona como intermediária na relação com o mercado, entregando vantagens diretas ao cooperado, com eliminação do lucro para obtenção de preços justos nas transações que sustentam o ato cooperativo. A relação que os associados estabelecem com a *sua* cooperativa é completamente diversa das sociedades empresariais. Se nas sociedades empresariais os

acionistas são proprietários do empreendimento e recebem dividendos proporcionais ao capital, na sociedade cooperativa, além de dono, o associado também é, necessariamente, usuário. É o denominado princípio da “dupla qualidade”. Assim, não basta ao associado investir seu capital na sociedade cooperativa. Ele deve fazer uso dos serviços oferecidos. Além de se tratar de condição de ingresso e permanência do associado prevista no estatuto, a divisão dos resultados da cooperativa se dá de forma proporcional aos serviços (ou operações) utilizados, arts. 3º e 4º, inciso VII, da Lei nº 5.764/71 (Brasil, 1971).

Analizados os pressupostos sociais, econômicos e constitucionais, torna-se compreensível e justificável o tratamento diferenciado concedido pela LREF na inserção do §13 ao art. 6º da LREF, a partir da alteração promovida pela Lei nº 14.112/2020 (Brasil, 2020):

Art. 6º. (...)

§13. Não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial os contratos e obrigações decorrentes dos atos cooperativos praticados pelas sociedades cooperativas com seus cooperados, na forma do art. 79 da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, consequentemente, não se aplicando a vedação contida no inciso II do art. 2º quando a sociedade operadora de plano de assistência à saúde for cooperativa médica.

A proteção do ato cooperativo em processos de recuperação judicial atende a parâmetros de adequação constitucional, seja do ponto de vista formal, seja do aspecto material. Essa alteração legislativa estabeleceu que os créditos decorrentes do ato cooperativo passam a ser considerados extraconcursais, deixando, com isso, de se sujeitarem aos efeitos do processo recuperacional.

Formalmente, embora a Lei nº 14.112/2020 (Brasil, 2020) tenha sido publicada, inicialmente, no Diário Oficial da União (DOU) de 24 de dezembro de 2020, o §13 do art. 6º foi objeto de veto pelo Presidente da República. Com a apreciação e a derrubada do veto pelo Congresso Nacional, o dispositivo entrou em vigor em 25/04/2021, após publicação no DOU de 26/03/2021 e observância da vacância de 30 dias determinada pelo art. 7º da Lei nº 14.112/2020.

De outro lado, sob o ponto de vista de direito material, mesmo antes da vigência da Lei nº 14.112/2020 (Brasil, 2020), os atos cooperativos contavam com a especial proteção do sistema jurídico, porque não se trata de operação de mercado, mas de ato que beneficia o próprio cooperado. Voltar-se contra os próprios atos e interesses representa, a um só tempo, abuso de direito e malferimento da boa-fé. Além disso, inserir atos cooperativos em planos de recuperação, com deságio, traz prejuízos à comunidade de cooperados com um todo em vista

do disposto nos arts. 80 e 89 da LCoop (Brasil, 1971)⁴, inviabilizando por completo a cooperativa que é mero instrumento de concretização da economia mutualística.

A lei não faz ressalvas ou restrições de qualquer tipo para o ato cooperativo e o parágrafo único, do art. 79, da LCoop não se aplica para excluir negócios celebrados com adesão e pertinência ao objeto da sociedade cooperativa. São todos atos cooperativos, excluídos do concurso de credores do regime empresarial (Brasil, 1971).

Somente são compreendidos como atos de mercado se a cooperativa celebrar negócios com terceiros, na linha de permissão dos arts. 85 e 86, vertendo os recursos ao FATES, conforme art. 87, todos da LCoop (Brasil, 1971)⁵. O chamado ato não cooperativo diz respeito àquele realizado “com outra pessoa não associada à cooperativa, que está em situação semelhante à do associado, mas optou por não ser associado” (Brasil, 2022)⁶, seja por necessidade, seja por complementação ou incremento de atividade cooperativa (Diniz, 2024). Também podem ser celebrados contratos de compra e venda e negócios de mercado com cooperados que não são qualificados como atos cooperativos (art. 79, parágrafo único, LCoop). Tal exclusão tem como *fator de discrimen* a não abrangência pelo objeto social da cooperativa, de modo que o cooperado faz negócios com a sociedade sem pertinência com a atividade econômica do estatuto. Como exemplo, cita-se a cooperativa agropecuária que adquire de cooperado serviços de sistemas computacionais ou uma cooperativa médica que compra insumos de papelaria de cooperado. Essas são atividades que não pertencem ao objeto social. Todavia, tal exclusão não pode ser confundida com operações de compra e venda de insumos

⁴ Art. 80. As despesas da sociedade serão cobertas pelos associados mediante rateio, na proporção direta da fruição de serviços.

Parágrafo único. A cooperativa poderá, para melhor atender à equanimidade de cobertura das despesas da sociedade, estabelecer:

I - rateio, em partes iguais, das despesas gerais da sociedade entre todos os associados, quer tenham ou não, no ano, usufruído dos serviços por ela prestados, conforme definidas no estatuto;

II - rateio, em razão diretamente proporcional, entre os associados que tenham usufruído dos serviços durante o ano, das sobras líquidas ou dos prejuízos verificados no balanço do exercício, excluídas as despesas gerais já atendidas na forma do item anterior.

Art. 89. Os prejuízos verificados no decorrer do exercício serão cobertos com recursos provenientes do fundo de reserva e, se insuficiente este, mediante rateio, entre os associados, na razão direta dos serviços usufruídos, ressalvada a opção prevista no parágrafo único do artigo 80.

⁵ Art. 85. As cooperativas agropecuárias e de pesca poderão adquirir produtos de não associados, agricultores, pecuaristas ou pescadores, para completar lotes destinados ao cumprimento de contratos ou suprir capacidade ociosa de instalações industriais das cooperativas que as possuem.

Art. 86. As cooperativas poderão fornecer bens e serviços a não associados, desde que tal faculdade atenda aos objetivos sociais e estejam de conformidade com a presente lei.

Art. 87. Os resultados das operações das cooperativas com não associados, mencionados nos artigos 85 e 86, serão levados à conta do fundo de assistência técnica, educacional e social e serão contabilizados em separados, de molde a permitir cálculo para incidência de tributos.

⁶ No mesmo sentido é permitida a atividade com não associado, ressalvadas as atividades especiais, pelo art. 2º, §2º, da LCoopCrédito: “§2º. Ressalvado o disposto no § 1º deste artigo, é permitida a prestação de outros serviços de natureza financeira e afins a associados e a não associados, inclusive a entidades integrantes do poder público”.

por cooperado, junto à cooperativa agropecuária, se esse também for objeto previsto no estatuto da sociedade.

É incorreta a interpretação de que negócios feitos com cooperativas de crédito (porquanto integrantes do sistema financeiro) ou celebrado com cooperativas agropecuárias e formalizados em títulos cambiariformes (como a Cédula de Crédito Rural ou a Cédula de Produtor Rural) sejam atos de mercado para os fins de parágrafo único, do art. 79, da LCoop. O marco referencial é a pertinência ao objeto social, de modo que negócios celebrados com cooperados são qualificados como atos cooperativos, porque a materialidade dos elementos formativos é essencialmente societária e derivada do objeto social da cooperativa (Minas Gerais, 2005). Antes de integrantes do sistema financeiro nacional ou emitentes de Cédulas, as cooperativas são regidas por um microsistema específico, que tem força atrativa do ato cooperativo – e, de forma mais abrangente, da atividade cooperativa – a adjetivar todos os contratos de crédito, consumo, fornecimento e venda celebrados pelo cooperado. Portanto, não são operações de mercado, mas atos cooperativos (Minas Gerais, 2023; São Paulo, 2022, 2023).

4 CONCLUSÃO

Demonstrou-se que o ato cooperativo foi incorporado ao sistema brasileiro e representou instrumento sistêmico de diferenciação do sistema cooperativista, que se desenvolveu separadamente dos atos de comércio e das atividades empresariais.

Essa opção foi importantíssima para o estabelecimento, estabilização e expansão do cooperativismo, mas tem gerado problemas interpretativos em função da expansão e complexidade dos negócios de uma sociedade cooperativa e, ainda, pela necessidade de compreensão global dessa organização, com suas idiossincrasias e peculiaridades.

A proposta de evolução do ato para a atividade cooperativa tem em vista a abertura sistêmica a ser promovida pela ciência do Direito, justamente para permitir a mais adequada interpretação do sistema de direito positivo.

REFERÊNCIAS

ASCARELLI, T. A atividade do empresário. Trad. Erasmo Valladão A. N. França. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo. Malheiros. Ano XLII, n. 132, p. 2030215, Outubro-Dezembro/2003.

BECHO, R. L. **Elementos de direito cooperativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 27 jul. 2024.

BRASIL. **Lei complementar nº 196, de 24 de agosto de 2022** Altera a Lei Complementar nº 130, de 17 de abril de 2009 (Lei do Sistema Nacional de Crédito Cooperativo), para incluir as confederações de serviço constituídas por cooperativas centrais de crédito entre as instituições integrantes do Sistema Nacional de Crédito Cooperativo e entre as instituições a serem autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil; e dá outras providências. Brasília, DF., Diário oficial, 24 ago. 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp196.htm. Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF., Diário oficial, 10 jan. 2002. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 20 abr. 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. Brasília, DF., Diário oficial, 9 fev. 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020**. Altera as Leis n. 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. Brasília, DF., Diário oficial, 24 dez. 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/14112.htm. Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971**. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Brasília, DF., Diário oficial, 16 dez. 1971. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15764.htm. Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição**. PEC 45/2019. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Brasília, DF., 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2196833>. Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp nº 906.114/PR** “(...) é pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que as cooperativas de crédito integram o sistema financeiro nacional, estando sujeita às normas do Código de Defesa do Consumidor. 2. A jurisprudência desta Corte Superior, firmou orientação de que a cédula de produto rural tem a mesma natureza jurídica da cédula de crédito rural, e, portanto, está submetida ao mesmo regramento imposto à cédula de crédito (RMS 10.272/RS, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 28/06/2001, DJ de 15/10/2001, p. 264). 3. É aplicável à cédula de produto rural o mesmo tratamento conferido à cédula de crédito rural, quanto aos juros de mora, limitados em 1% (um por cento) ao ano, nos termos do art. 5º do Decreto-Lei nº

167/1967 (...). Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Raul Araújo. Julgado em 06 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.435.979** “(...) 1.2. Ausência de vinculação da CPR a uma anterior concessão de crédito ao produtor rural (exegese da Lei 8.929/1994), uma vez que a CPR é considerada um título de crédito não causal. Doutrina sobre o tema. 1.3. Inocorrência de nulidade do título por desvio de finalidade na hipótese em que o emitente alega não ter recebido pagamento antecipado pelos produtos descritos na cártula. Julgados desta Corte Superior. 1.4. Impossibilidade de se acolher, no curso da execução proposta pelo endossatário, alegação de inexistência do negócio jurídico subjacente à CPR, tendo em vista a inoponibilidade das exceções pessoais ao endossatário de boa-fé (art. 17 da Lei Uniforme de Genebra - LUG). Doutrina sobre o tema. 1.5. Aplicabilidade subsidiária da LUG à CPR, 'ex vi' do art. 10 da Lei 8.929/94 (...) 1.7. Inaplicabilidade da limitação dos juros moratórios a 1% ao ano, prevista no art. 5º, p. u., do Decreto-Lei 167/1967, por se tratar de norma específica da Cédula de Crédito Rural - CCR. (...) 2.1. Controvérsia acerca da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à hipótese dos autos. 2.2. Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao negócio jurídico estabelecido entre cooperativa e cooperado, quando se tratar de ato cooperativo típico (cf. art. 79 da Lei 5.764/71). Julgados desta Corte e doutrina especializada sobre o tema. 2.3. Hipótese em que a CPR-F teria sido emitida para capitalizar uma cooperativa agrícola, conforme constou no acórdão recorrido, tratando-se, portanto, de ato cooperativo típico, não havendo falar em relação de consumo. 2.4. Inaplicabilidade do conceito de consumidor equiparado do art. 29 do CDC, devido à inocorrência de uma prática comercial abusiva dirigida ao mercado de consumo. Doutrina sobre o tema. 2.5. Validade da multa moratória pactuada em 10% do valor da dívida, não se aplicando o limite de 2% previsto no art. 52, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor (...)”. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 30 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pleno. RE nº 599.362**. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em 18 ago. 2016.

BUONOCUORE, V. (org.). **I gruppi cooperativi**. Milão: Giuffrè, 1997.

BUONOCUORE, V. **L'impresa**. T. 2. Turim: G. Giappichelli, 2002.

BULGARELLI, W. **As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

BULGARELLI, W. **Teoria jurídica da empresa: análise jurídica da empresarialidade**. São Paulo. Universidade de São Paulo (Tese). 1984.

COASE, R. H. The nature of the firm. In: **The firm, the market, and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.

CONTO, M. de. **Ato cooperativo**. In: GONÇALVES NETO, A. A. **Sociedades cooperativas**. São Paulo: Lex, 2018.

DINIZ, G. S. **Direito das cooperativas. Fundamentos da identidade e da organização**. Londrina: Thoth, 2024.

DINIZ, G. S. **Curso de direito comercial**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

DINIZ, G. S. **Estudos e pareceres da pessoa jurídica e da atividade empresarial**. São Paulo: Liber Ars, 2014.

FRANKE, W. **Direito das sociedades cooperativas**. São Paulo: Saraiva, 1973.

FRANKE, W. Aspectos jurídicos decorrentes da conceituação do cooperativismo como extensão das economias cooperativadas. **Perspectiva Econômica**, ano XVII, v. 12, n. 36, São Leopoldo, Unisinos, p. 14.

GLENCK, H. **Genossenschaftsrecht**. 2. ed. Munique: C.H.Beck, 2013.

MARCONDES, S. **Questões de direito mercantil**. São Paulo: Saraiva, 1977.

MAFFIOLETTI, E. U. **As sociedades cooperativas e o regime jurídico concursal**. São Paulo: Almedina, 2015.

MINAS GERAIS (estado). Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento nº 1.0000.22.250635-4/005** “(...) - A teor do disposto na Lei 11.101/05, art. 6º, §13, "não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial os contratos e obrigações decorrentes dos atos cooperativos praticados pelas sociedades cooperativas com seus cooperados, na forma do art. 79 da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971 (...)". - Comprovada a existência do ato cooperativo, serão excluídos dos efeitos da recuperação os créditos oriundos de ato praticado entre as cooperativas e seus associados, não desnaturando a qualidade de 'ato cooperativo' apenas por se tratar de operação financeira/bancária em semelhança ao que o mercado pratica.” Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 16ª Câmara Cível Especializada - Rel. Des. Tiago Gomes de Carvalho Pinto, 08 nov. 2023.

MINAS GERAIS (estado). Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento nº 2.0000.00.458721-9/000**. Observe-se, por exemplo, a subsunção do depósito ao ato cooperativo: “(...) - A entrega de produto agrícola pelo produtor cooperativado para que a cooperativa realize a sua atividade fim, com a consequente comercialização do produto, caracteriza ato cooperativo, e não contrato de depósito.” Tribunal de Justiça de Minas Gerais Rel. Des. Tarcisio Martins Costa, 08 mar. 2005.

MUZZI FILHO, J. C. **Parecer**. Disponível em: http://srvrepositorio.somoscooperativismo.coop.br/arquivos/ASJUR_OCB/Parecer_Tecnico_BMAS.pdf. Acessado em: 30 ago. 2024.

NAMORADO, R. **Introdução ao direito cooperativo: para uma expressão jurídica da cooperatividade**. Coimbra: Almedina, 2000.

NAMORADO, R. **Cooperatividade e direito cooperativo. Estudos e pareceres**. Coimbra: Almedina, 2005.

PARANÁ (estado). Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação nº 0000463-52.2016.8.16.0165**. Exemplifica-se com entendimento do Tribunal de Justiça do Paraná: “RECURSO INOMINADO EXCLUSIVO DA REQUERIDA. BANCÁRIO. QUEDA NO ESTABELECIMENTO. INEXISTÊNCIA DE SOLIDARIEDADE ENTRE BANCO COOPERATIVO E COOPERATIVA DE CRÉDITO. PRECEDENTES DO STJ.

ILEGITIMIDADE PASSIVA DA RECORRENTE. SENTENÇA REFORMADA. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO” Tribunal de Justiça do Paraná- 2ª Turma Recursal – Relator Desembargador Marcel Luis Hoffmann. Julgado em 15 mai. 2018.

SÃO PAULO (estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo Interno Cível nº 2191621-86.2022.8.26.0000/50000** – “(...) Ausência de fato ou fundamento sólido e suficiente para a alteração do decidido. Executada pretende a manutenção da suspensão da execução por estar em recuperação judicial. Executada é associada da cooperativa exequente. Mútuo celebrado entre as partes não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial. Inteligência do artigo 6º, § 13, da lei 11.101/05. Artigo 79, parágrafo único, da lei 5.764/71 diz respeito a direito tributário e não se aplica ao caso concreto. Decisão mantida. Recurso improvido” Tribunal de Justiça de São Paulo. 21ª Câ. Dir. Privado –Rel. Des. Régis Rodrigues Bonvicino. 30 set. 2022.

SÃO PAULO (estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. **AI nº 2235693-61.2022.8.26.0000**. “(...)AGRAVO DE INSTRUMENTO RECUPERAÇÃO JUDICIAL IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO Cooperativa de crédito Decisão judicial que acolheu o incidente, reconhecendo a extraconcursalidade de créditos decorrentes de atos cooperativos praticados pelas sociedades cooperativas com seus cooperados (LREF, art. 6º, § 1) Alegação de que operações financeiras ou bancárias em condições normais de juros e prazos de mercado não caracterizam “atos cooperativos” nos termos do parágrafo único, do art. 79, da Lei n. 5.764/71 Descabimento Atos cooperativos são aqueles praticados entre “as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associados, para a consecução dos objetivos sociais” (art. 79, caput, Lei n. 5.764/71) Não obstante as cooperativas de crédito constituam instituições financeiras, não se confundem com outras entidades do Sistema Financeiro Nacional Relação jurídica estabelecida entre a cooperativa e seus associados na realização de seu objeto social, como a que deu origem ao crédito discutido nos presentes autos, possui atributos próprios e não perde sua natureza de ato cooperativo apenas por se tratar de operação financeira ou bancária ou por existir oferta de bens ou serviços semelhante no mercado Parágrafo único, do art. 79, da Lei n. 5.764/71 que não exclui as operações de mercado do conceito de “ato cooperativo” Inconstitucionalidade formal Impertinância Alegação de inconstitucionalidade que recai sobre excerto do texto legal que não tem aplicação no caso concreto Decisão singular mantida Agravo desprovido” Tribunal de Justiça de São Paulo. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Ricardo Negrão, 17 fev. 2023.

SCHMIDT, K. **Gesellschaftsrecht**. 4. ed. Munique: Heymanns, 2002.

SZTAJN, R. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004.

WAHRLICH, B. M. de S. **Uma análise das teorias da organização**. 4. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1977.

WEBER, M. **Economia e sociedade**. 4. ed. São Paulo: Imprensa Oficial, v. 1, 1999.

DOSIMETRIA: O PROBLEMA DAS QUALIFICADORAS

SANTOS, Giovana Estela Vaz dos¹

MESSIAS, Vinícius de Oliveira²

ISSUE DOI: 10.3738/1982.2278.4240

RESUMO: No presente artigo discute-se o dilema relacionado à pluralidade de qualificadoras em condenações penais, com foco na dosimetria da pena. A tese adotada pelos tribunais superiores, fundamentada no pragmatismo, desvirtua o propósito original das qualificadoras e descaracteriza sua função estabelecida pelo legislador. São abordadas as consequências práticas desse problema, incluindo a redução do rigor punitivo que as qualificadoras pretendiam impor. Além disso, analisam-se as interpretações equivocadas do Judiciário e a incompatibilidade legal de certas deliberações. Ao final, conclui-se pela necessidade de alterar o entendimento fixado, propondo uma regra geral mais clara e objetiva, capaz de oferecer soluções mais adequadas e justas.

Palavras-chave: Qualificadoras. Agravantes. Atenuantes. Circunstâncias Judiciais.

DOSIMETRY: THE PROBLEM OF QUALIFIERS

SUMMARY: This article discusses the dilemma related to the plurality of qualifying factors in criminal convictions, focus in sentence calculation (dosimetry). The thesis adopted by the high courts, grounded in pragmatism, distorts the original purpose of the qualifying factor and undermines their function as established by the legislature. The practical consequences of this issue are explored, including their reduction in the punitive rigor that the qualifiers were meant to impose. Additionally, the article examines the judiciary's misinterpretation and the legal incompatibility of certain decisions. Ultimately, it concludes that the current understanding should be revised, proposing a clear and objective general rule to provide more equitable and appropriate solutions.

Keywords: Qualifying Factors Aggravating Factors. Mitigating Factors. Judicial Circumstances.

1 INTRODUÇÃO

A dosimetria da pena pode ser definida, de forma sucinta, como a fórmula aritmética utilizada pelo Estado-Juiz para determinar o montante da pena privativa de liberdade a ser aplicada em um caso concreto. Esse procedimento está expressamente previsto no art. 68 do Código Penal, sendo complementado por diversas outras normas legais e orientado pela doutrina, além de contar com o auxílio imprescindível da jurisprudência, que desempenha um papel relevantíssimo.

O recorte aqui realizado diz respeito às chamadas “qualificadoras”, que consistem em elementos do tipo penal que agravam a configuração do crime. O presente estudo gravita em torno do entendimento consolidado pelas Cortes Superiores de que: “havendo pluralidade de

¹ Doutora em serviço social pela Universidade Júlio de Mesquita Filho – UNESP/SP. Docente na Faculdade Dr. Francisco Maeda – FAFRAM/SP desde 2006. Advogada.

² Bacharel em direito pela Faculdade Dr. Francisco Maeda – FAFRAM/SP. Servidor público estadual – TJSP/SP. Nucleus, Edição Especial: Direito – 20 Anos.

qualificadoras, utiliza-se uma delas para justificar o tipo penal qualificado, podendo as demais serem empregadas na segunda fase de aplicação da pena, como agravantes, ou, residualmente, na primeira fase, como circunstâncias judiciais, não havendo falar em *bis in idem* ou ilegalidade”.

Propõe-se, assim, a rediscussão da tese fixada, expondo os problemas que dela decorrem, suas consequências, e, ao final, sugerindo uma possível solução.

O objeto em discussão refere-se em certa medida aos efeitos da extensão do exercício do poder punitivo do Estado na liberdade individual do cidadão, e sobre isso não é preciso tecer maiores comentários para exemplificar a tamanha importância do tema. Defendo, pois, que a existência dessa praxe judiciária é prejudicial, tanto ao réu, quanto à sociedade.

A metodologia utilizada compõe-se pela análise da literatura jurídico-penal.

2 DOSIMETRIA DA PENA

A priori, é necessário contextualizar o leitor, como dito, entende-se por dosimetria, o cálculo da pena aplicada no caso concreto. O Código Penal brasileiro adotou o chamado critério trifásico, ou sistema Nelson Hungria, cujo exame percorre de três fases distintas, sendo: 1ª Fase – Fixação da pena base com a verificação das circunstâncias judiciais (art. 59 do CP.); 2ª Fase – Atenuantes e Agravantes (genéricas art. 65 do CP.); e 3ª Fase – Majorantes e Minorantes.

Como se vê, o instituto das qualificadoras não entra no compute do sistema trifásico, em verdade sua aplicação antecede a dosimetria. Primeiro identifica-se qual a sanção cominada ao crime configurado, ou seja, verifica se o crime é simples ou qualificado. Cada qualificadora, ao ser aplicada, prevê penas mais severas em seu preceito secundário, alterando assim o limite mínimo e máximo da pena prevista.

Em outras palavras, a dosimetria funciona como uma "receita de bolo" direcionada à magistratura, de modo que o caso concreto seja inserido na “fôrma” mais adequada. Do contrário, o resultado seria decisões inconsistentes, como "bolos de sabores duvidosos". Isso se esses, que vem sendo produzidos nessa atual fornalha – a gosto da praxe judiciária – já não o são.

Orientados pelo princípio constitucional da individualização da pena, os juízes brasileiros ficam adstritos aos limites estabelecidos pelo legislador e buscam ou deveriam buscar esquivar-se de uma padronização genérica.

O artigo 59 do código penal enumera oito elementos distintos cuja aferição de maior ou menor censura – se favorável ou desfavorável ao réu – guiará a fixação da pena base. Segundo os tribunais superiores firmou-se o entendimento de que, a exasperação da pena-base, devido a circunstâncias judiciais negativas, ou a diminuição, em razão existência de circunstâncias judiciais favoráveis, deve obedecer à fração de 1/6 para cada circunstância. Nota-se de pronto que, a inexistência de determinação legal específica, conferiu ao Judiciário uma margem de discricionariedade maior do que o ideal, que neste caso em específico foi adequadamente ajustada pela jurisprudência, situação essa que não se verificou no tema aqui posto em discussão.

Quanto a segunda fase, a existência das agravantes poderá ser constatada de dois modos distintos, sendo genéricas, aquelas previstas na parte geral do Código Penal em seu artigo 61, e as específicas previstas ao longo de toda legislação penal, via de regra, vinculadas a um só tipo penal, ou a um gênero de crimes, como ocorre na lei de crimes ambientais (Lei nº 9.605/98). Novamente, nesta fase utiliza-se uma fração percentual para cada agravante ou atenuante, sendo possível, em caso de conflito entre elas, que uma prepondere sobre a outra ou que sejam compensadas, sempre respeitando os limites abstratos da pena.

Por fim, na terceira fase, as causas de aumento ou diminuição de pena são aplicadas conforme frações previamente determinadas, que variam de acordo com o tipo penal em questão.

3 PLURALIDADE DE QUALIFICADORAS

O sistema preconizado por Nelson Hungria falha ao não dispor sobre como se dará o computo da pena na hipótese da existência de duas ou mais qualificadoras. Ensina o mestre Guilherme Nucci, que:

São três as posições principais: a) a segunda qualificadora, em diante, passa a valer como agravante (se existir correspondência), devendo ser lançada na 2.^a fase de individualização; b) não é obrigatório qualquer tipo de aumento, pois a função da qualificadora é apenas mudar a faixa de aplicação da pena, o que já foi atingido pelo reconhecimento de uma delas; c) a segunda qualificadora, em diante, funciona como circunstância judicial, ou seja, deve ser lançada na 1.^a fase de individualização para compor a pena-base. Preferimos utilizar a primeira corrente, quando é possível (existência da agravante correspondente). Quando não, valemo-nos da terceira posição, lançando a 2.^a ou 3.^a qualificadora no contexto da pena-base (Nucci, 2020, p. 672-673).

Neste cenário, como demonstrado pelo professor, a doutrina majoritária assenhorou-se de uma solução *sui generis*, compatibilizando a primeira e a segunda corrente: utilizando a(s) qualificadora(s) excedente(s), ora como agravante genérica (art. 61 do CP), se existente, ora como circunstância judicial (art. 59 do CP).

Defendo, pois, que a existência dessa praxe judiciária é contraproducente. Primeiro, ao réu, que, na ausência de regra específica para o caso, fica à mercê da crença subjetiva do magistrado. Segundo, à sociedade, que perde com a degradação da reprovação social da elementar (qualificadora) outrora idealizada pelo legislador ordinário.

O prejuízo ao réu surge em um ponto específico de dissenso jurídico, quando certas qualificadoras também são previstas como agravantes genéricas no art. 61 do Código Penal, isso ocorre, sobretudo no crime de homicídio. O conflito se intensifica na análise da parte final do caput do referido artigo, *in verbis*: “São circunstâncias que sempre agravam a pena, **quando não constituem ou qualificam o crime**”. (negrito nosso).

O que se tem, portanto, é uma insegurança jurídica, com decisões que aplicam essa regra de forma indiscriminada. Como exemplo, temos acórdãos que ignoram a incompatibilidade entre esse entendimento e a parte final do art. 61 do CP.

A propósito:

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. OCULTAÇÃO DE CADÁVER. RECURSO DEFENSIVO. Condenação inarredável. Reconhecidos pelos Jurados a materialidade e a autoria do crime, bem como as qualificadoras de motivo fútil, emprego de asfixia e outro meio cruel, e recurso que dificultou a defesa da ofendida, com base em provas constantes do caderno processual, exigindo a manutenção do decisório, não havendo se falar em prova contrária à dos autos. Dosimetria. 1ª fase. Penas-base fixadas no mínimo legal. 2ª fase. As duas qualificadoras remanescentes foram consideradas como agravantes, resultando em majoração da pena do crime de homicídio qualificado em 1/3 (ou seja, em 1/6 para cada), e atenuação de 1/6 pela confissão espontânea. Adequado e proporcional para o caso. A pena para o crime de ocultação de cadáver foi mantida inalterada em consonância com a Súmula 231 do STJ. Pleito defensivo pelo reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, 'c', do CP. Inviável. Provas indicam não ter o crime sido cometido sob influência de violenta emoção provocada por ato injusto da vítima, demonstrando-se, ao revés, o motivo fútil do homicídio. Premeditação do crime e a escolha de um local remoto para a execução desmentem a aplicabilidade da atenuante solicitada, que sequer foi mencionada no julgamento. 3ª fase. Ausência de outras causas modificadoras de pena. Reconhecido concurso material entre os crimes. Regime fechado adequado, até pelo montante da pena. Decisão incensurável. Nada por ser modificado. Recurso desprovido (São Paulo, 2024).

Por outro lado, há quem reconheça a incompatibilidade e, ao encontro do raciocínio jurídico mais adequado, proferem decretos condenatórios distintos.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. ART 121, § 2.º, INCISOS I, III, IV, DO CÓDIGO PENAL E ART. 14, DA LEI 10.826/2003. DOSIMETRIA DA PENA. CRIME DE HOMICÍDIO. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA PARA JUSTIFICAR A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, EM RELAÇÃO AO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA QUANTO À CULPABILIDADE E PERSONALIDADE DA RÉ E AOS MOTIVOS, CONSEQUÊNCIAS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. CRIME ESPECIALMENTE CENSURÁVEL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO DOBRO DO MÍNIMO LEGAL. DESPROPORCIONALIDADE. CRIME DE FORNECER ARMA DE FOGO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA NO CASO EM TELA. CRIMES AUTÔNOMOS. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA PARA JUSTIFICAR A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, EM RELAÇÃO À CULPABILIDADE. MESMO FATO VALORADO EM MOMENTOS DIVERSOS DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DEVIDAMENTE FUNDAMENTADAS. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO. 1. [...]. 4. "No caso de incidência de duas qualificadoras, integrantes do tipo homicídio qualificado, não pode uma delas ser tomada como circunstância agravante, ainda que coincidente com uma das hipóteses descritas no art. 61 do Código Penal. A qualificadora deve ser considerada como circunstância judicial (art. 59 do Código Penal) na fixação da pena-base, porque o caput do art. 61 deste diploma é excludente da incidência da agravante genérica, quando diz 'são circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime'." (Brasil, 1998).

No caso em comento, foi dado provimento ao apelo, cuja condenação fora redimensionada e a reprimenda sofrera redução para sorte do paciente (réu).

Em que pese a polêmica apresentada acima, possa ser de todo mal para o réu, considero que o infortúnio maior, está antes no plano abstrato, ao reduzir a qualidade dada a qualificadora para a “classe” das circunstâncias e/ou agravantes. A razão de ser de uma qualificadora é essencialmente, padecer de uma repreensão a maior, nos moldes determinados pelo legislador ordinário, devido à maior gravidade das circunstâncias do caso, logo inviável sua redução.

Migrar, converter, alterar ou modificar a forma de sua utilização junto ao critério trifásico deturpa sua conceituação original. Relativamente a esse ponto, com parcial razão o professor Bitencourt tece brilhantes comentários:

A rigor, não se pode ignorar que as qualificadoras integram, como elementares normativo-subjetivas, o próprio tipo penal, por isso a impossibilidade de serem extirpadas para serem valoradas em outra etapa da dosimetria penal, especialmente em um sistema penal que adota o critério trifásico. Entendimento diverso, *mutatis mutandis*, significa autorizar, em determinadas circunstâncias, que o julgador possa retirar certas elementares do tipo penal, decompondo-o, para compor, completar ou integrar agravantes ou majorantes para elevar a pena final definitiva do acusado.[...]Por todas essas razões, concluindo, havendo mais de uma qualificadora do crime, nenhuma delas pode migrar para o campo das agravantes ou causas de aumento de pena, mesmo que o conteúdo da referida qualificadora também seja previsto como agravante ou majorante, pois repercutirá sobre a pena-base, indevidamente, e desrespeitará o sistema trifásico consagrado no art. 68 do CP. (Bitencourt, 2019, p. 407/408).

Raciocínio do qual, ousou, com a devida vênia, discordar do mestre no ponto final, visto que não considero essa a melhor conclusão. Insisto, pois, na alteração da fórmula a livrar-se de sua completa exclusão.

4 CRENÇA SUBJETIVA DA MAGISTRATURA

O ponto crucial é identificar, frente aos inúmeros tipos penais existentes no ordenamento jurídico pátrio, e até que ponto se permite que a imprecisão técnica da tese firmada legitime a edição de decretos condenatórios “equivocados”, proferidas sob o manto da discricionariedade “vinculada” e/ou do livre convencimento motivado. Veja-se, aqui censura-se a regra, ao intérprete – Estado-juiz, a crítica se dá por via de consequência.

Entretanto, não se pode olvidar, que atualmente o chamado ativismo judiciário tem frequentemente roubado as cenas do poder legislativo, protagonizando um espetáculo, cujo enredo em sua origem não lhe trazia essa incumbência. O desenho constitucional outorgou ao parlamento a incumbência de legislar; contudo, este, quando atua, só o faz "as vezes", esporadicamente, renúncia sua função típica e assume um papel de coadjuvante. Com exceção, é claro, do direito penal simbólico, ah, aqui dá voto, aqui dá palanque e visibilidade pro eleitorado.

As regras que influem, diretamente ou indiretamente, na liberdade individual devem ser claras e precisas, sem dar azo às más interpretações. Nesse sentido, o mestre Aury Lopes também pontua: “A discussão acerca da subjetividade deve dar lugar a critérios objetivos, empiricamente comprováveis, que independam da prova de má-fé ou “bondade e lisura” do agente estatal” (Lopes Jr, 2022, p. 541).

5 PREJUÍZO DA SOCIEDADE – CONSEQUÊNCIAS

De todo quadro de ideias exposto acima, o que se tem é que, com conversão da qualificadora para uma circunstância judicial desfavorável ou agravante genérica, na prática, reduz significativamente a reprovação social, pela qual aquela elementar foi pensada em ser. É dizer, por exemplo, em um crime de homicídio que na sua forma simples prevê uma pena privativa de liberdade de 06 a 20 anos, e que em suas formas qualificadas exaspera os limites para de 12 a 30 anos. Hipoteticamente, em um cenário com a configuração de um homicídio triplamente qualificado pelas razões dos incisos III, IV e VI do § 2º, art. 121 do CP, poderíamos

ter então, um feminicídio executado por meio cruel – fogo, tortura, asfixia etc., realizado à traição. Daí, utiliza-se um deles em um primeiro momento para qualificar o crime, e os outros dois, sejam lá quais forem, serão aplicados a quota parte equivalente a 1/6 ou 1/8.

É irrazoável, conceber que, diante das formas de execução descritas no exemplo, cuja gravidade originalmente justificou a elevação, em abstrato, dos limites da pena, seriam agora impostas sob frações tão diminutas.

Há ainda um outro detalhe, quando da existência de qualificadoras em que os preceitos secundários são distintos, qual será aquele escolhido para qualificar e qual será indicado como circunstância ou agravante?

Assim ensina Rogério Sanches:

Nas hipóteses de coexistência de qualificadoras, não existindo entre elas relação de especialidade — mas pluralidade de circunstâncias —, deve prevalecer aquela que pune o comportamento do criminoso com mais rigor, sob pena de se violar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. A outra deve ser considerada pelo magistrado na fixação da pena-base, salvo se prevista também como agravante, caso em que será aquilatada pelo juiz na segunda fase da aplicação da reprimenda (Sanches, 2017).

Tem-se então que, nesses casos, aplica-se a priori o critério da especialidade e, subsidiariamente, a qualificadora com a pena mais grave, sob pena de violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Aqui, nada de novo sobre o sol, o pepino está no primeiro exemplo deste capítulo, como empregar um percentual diminuto a um elementar que em seu nascedouro fora imbuído de tamanha rigidez?

Ainda que se argumente a favor da analogia *in bonam partem*, enquanto entendimento jurisprudencial e não regra, desta “moeda” temos seus dois lados, se, favorável ao réu, prejudicial à sociedade, se *pro societate* pernicioso, portanto, ao réu.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto o problema é eminentemente jurídico, cuja solução se encontra inicialmente em posse do Poder Legislativo, considero que o mais adequado seria a formulação de uma regra clara e objetiva. Proponho algo genérico, como a conversão das qualificadoras excedentes em causas de aumento com percentuais fixos previamente estabelecidos, de modo que reflitam o grau de reprovação social atribuído a cada uma.

Observo que a solução apontada satisfaz tanto os eventuais prejuízos ao réu, retirando do arbítrio subjetivo do magistrado a regra imprecisa outrora fixada, e coroando também a sociedade, está representada pelo Ministério Público.

Advirto, todavia, que, embora o problema seja eminentemente jurídico, sua resolução não encontra abrigo exclusivamente nas mãos do legislativo, cabe aqui a observação de que, poderia, caso quisesse, caso os interesses coincidissem, o judiciário, nas pessoas dos Colendos Tribunais Superiores, redigir, seja sob a forma vinculante, seja em regime repercussão geral, uma súmula ou tese cujo teor ordenasse uma regra uniforme, assim como o fez o STJ na concepção do verbete sumular nº 659.

Enfim, entendo por bem que a alteração da regra “dosimétrica”, na forma como lançada acima, ou por outra igualmente equitativa, poderia mitigar de forma significativa eventuais disparidades na aplicação da lei. Assim, ganha ele, ganha aquele, ganha o judiciário, já sobrecarregado com o grande volume de litígios, que não precisaria mais, portanto, tergiversar sobre a aplicação da regra, especialmente no que tange às frações de pena aplicadas em cada fase da dosimetria. Afinal, sabemos, pois, que pau que dá em Chico nem sempre alcança o Francisco.

REFERÊNCIAS

BELO, E. A. S. Multiplicidade de qualificadoras e dosimetria da pena. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3996, 10 jun. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28202>. Acesso em: 19 ago. 2024.

BITENCOURT, C. R. **Código penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC 592.265/SP**. Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2020, DJe 23/09/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 7.176/MS**. Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/1998, DJ 06/04/1998.

CUNHA, R. S. Lei 13.330/16 – Furto e receptação de semoventes. **Meu Site Jurídico**. Salvador, 07 jan. 2017. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/02/07/lei-13-33016-furto-e-receptacao-de-semoventes/>. Acesso em: 05 set. 2024.

LOPES JÚNIOR., A. **Direito Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

NUCCI, G. de S. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 1500614-89.2023.8.26.0594**. Relator (a): JOAO AUGUSTO GARCIA, 5ª Câmara de Direito Criminal, julgado em 29/08/2024, DJE 29/08/2024.

FORMAÇÃO EM DIREITO E CIDADANIA: UM ESTUDO REGIONAL DO PAPEL DAS ATIVIDADES COMPLEMENTARES DE CURSOS JURÍDICOS DE GRADUAÇÃO

DE OLIVEIRA SANTOS, João Paulo¹

ISSUE DOI: 10.3738/1982.2278.4527

RESUMO: O presente artigo teve como objetivo compreender o papel das atividades complementares no ensino jurídico e seus reflexos em comunidades, ou seja, um estudo com faculdades de Direito tem se encontrado com a sociedade em âmbito regional e local. Relatar a importância e seus reflexos nas comunidades pertencentes a nossa sociedade, e principalmente diagnosticar o papel destas atividades no ensino jurídico ou seja, mostrar a forma que a faculdade de Direito tem se encontrado com a sociedade em âmbito regional e Social. O referencial teórico trata de formações jurídicas e as transformações das diretrizes curriculares do curso de Direito; como as atividades complementares surgiram, quais os efeitos e sua eficácia na sociedade atual. Preocupou-se em pesquisar os reflexos das atividades complementares no plano da cidadania, no papel das atividades complementares no sentido de transformar a sociedade e as comunidades. Nele, são apresentados dados sobre as atividades complementares nas faculdades de Direito, observando-se seus efeitos na sociedade. Esses dados foram colhidos nas seguintes IES: Fafram – Faculdade Dr. Francisco Maeda (Ituverava-SP), Faculdade Barretos (Barretos-SP), Unifeb – Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos (Barretos-SP), Facesb – Faculdade de Ciências Empresariais de São Joaquim da Barra (S. Joaquim da Barra-SP), Unifeg – Centro da Fundação Educacional Guaxupé (Guaxupé-MG).

Palavras chave: Curso de Direito; Atividades Complementares; Desenvolvimento Regional e Social.

LEGAL EDUCATION AND CITIZENSHIP: A REGIONAL STUDY ON THE ROLE OF COMPLEMENTARY ACTIVITIES IN UNDERGRADUATE LAW PROGRAMS

SUMMARY: This article aims to understand the role of complementary activities in legal education and their impact on communities, that is, a study on how law schools engage with society at regional and local levels. It highlights the importance of these activities and their effects on the communities within our society, focusing on diagnosing their role in legal education—specifically, how law schools interact with society in regional and social contexts. The theoretical framework addresses legal training and the transformations in the curricular guidelines of law programs; how complementary activities emerged, their effects, and their effectiveness in today's society. The study explores the impact of complementary activities in the context of citizenship and their role in transforming society and communities. It presents data on complementary activities at law schools, observing their effects on society. The data were collected from the following institutions: FAFRAM – Faculdade Dr. Francisco Maeda (Ituverava-SP), Faculdade Barretos (Barretos-SP), UNIFEB – Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos (Barretos-SP), FACESB – Faculdade de Ciências Empresariais de São Joaquim da Barra (São Joaquim da Barra-SP), and UNIFEG – Centro da Fundação Educacional Guaxupé (Guaxupé-MG).

Keywords: Law Program; Complementary Activities; Regional and Social Development.

1 INTRODUÇÃO

Os cursos de Direito, com seus aprimoramentos no decorrer dos anos, e as evoluções em seus projetos pedagógicos, conseqüentemente apresentam constantes transformações em seus planos de ensino.

¹ Mestre em desenvolvimento regional pelo Centro Universitário Municipal de Franca, Uni-FACEF/SP. Docente na Faculdade Dr. Francisco Maeda - FAFRAM desde 2025.

O Art. 2º, da LDB, narra que a organização do Curso de Graduação em Direito, observadas as Diretrizes Curriculares Nacionais, se expressa através de seu projeto pedagógico, abrangendo o perfil do formando, as competências e habilidades, os conteúdos curriculares, o estágio curricular supervisionado, as atividades complementares, o sistema de avaliação, o trabalho de curso como componente curricular obrigatório do curso, o regime acadêmico de oferta, a duração do curso, sem prejuízo de outros aspectos que tornem consistente o referido projeto pedagógico.

De acordo também com o artigo 6º da Constituição Federal, são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta constituição.

Deste modo, os cursos jurídicos começaram a se engajar junto da sociedade através das atividades complementares, que foram se aprimorando no decorrer das mudanças das portarias e dos projetos pedagógicos dos cursos de Direito.

Sendo assim, no presente trabalho buscamos investigar as atividades complementares no curso de Direito e seus reflexos nas comunidades, e, principalmente, a sua eficácia no desenvolvimento da cidadania. Nos cursos de Direito é de extrema necessidade adequar-se à dinâmica de uma sociedade em constante transformação.

Mediante um estudo empírico, buscou-se analisar as legislações educacionais do Ministério da Educação, decorrentes dos cursos jurídicos, a evolução jurídica e a parte histórica das diretrizes curriculares nos cursos jurídicos brasileiros, notadamente no que se refere às atividades complementares, que, evoluídas, tornaram-se mais valorizadas, desde o surgimento das diretrizes e dos cursos de Direito.

As atividades complementares dos cursos de Direito geraram questões primordiais durante a investigação, ao se levantarem questionamentos sobre as diretrizes, tais como: As atividades complementares relacionam-se, efetivamente, à cidadania e à sociedade? As atividades complementares obedecem aos projetos pedagógicos dos cursos oferecidos pelas instituições pesquisadas?

O presente trabalho tem como objetivo geral a identificação das atividades complementares praticadas no ensino jurídico, e suas repercussões sociais; buscou-se a opinião de dirigentes de Instituições de Ensino Superior responsáveis pela realização de atividades complementares nas faculdades. Posteriormente, desenvolveu-se a análise sobre as atividades desenvolvidas.

Além das instituições de ensino superior pesquisadas, buscou-se, também, coletar dados

mediante pesquisa bibliográfica e documental para conceber quais seriam os pensamentos dos educadores do Direito, bem como das próprias IES, mediante a análise de seus projetos pedagógicos e das regulamentações que são publicadas em cada faculdade visando indicar sob qual forma deverá, o discente, praticar as atividades complementares.

Optou-se por pesquisar IES que não são universidades, apenas faculdades, pelo motivo de que as faculdades possuem planos e projetos pedagógicos diferentes das universidades e, por isto, o interesse em pesquisar apenas as faculdades. Pois estas faculdades possuem também semelhanças em seus projetos pedagógicos e, pois, isto o interesse em pesquisar como são e como funcionam.

Os objetivos específicos nortearam-se a partir de reflexões sobre a relevância que podem ter as atividades complementares nos cursos jurídicos, se forem contextualizadas para o cotidiano da sociedade e se prestarem a inserir as pessoas em temas que dizem respeito aos seus direitos, com esclarecimentos, orientações e soluções. Buscou-se, então, o aprofundamento do estudo em literatura inerente ao tema, como forma de ampliar conhecimento sobre as atividades complementares e seus reflexos nas comunidades e na sociedade, em âmbitos regional e local.

Assim, no capítulo 2, procurou-se explanar sobre a formação jurídica no Brasil, abordando-se, particularmente, Direito e sociedade e Direito e mudança social.

Foi feita a abordagem sobre as diretrizes do curso de Direito, e levantou-se um histórico sobre quando surgiram as diretrizes do curso de Direito e suas evoluções com o passar dos anos.

As atividades complementares são instrumentos de responsabilidade social. Elas estão previstas nas novas diretrizes curriculares para os cursos de graduação em Direito, e podem ser consideradas como uma inovação aos projetos dos cursos jurídicos, visto que enriquecem e complementam os perfis dos estudantes. Avaliam as habilidades do aluno, seu conhecimento e sua competência, inclusive adquirida fora do ambiente acadêmico, o que inclui a prática de estudos e atividades independentes, transversais, opcionais, de interdisciplinaridade, especialmente nas relações com o mercado do trabalho e com as ações junto à comunidade.

2 DIRETRIZES CURRICULARES DO CURSO DE DIREITO

Quando falamos em direito temos o pensamento de que direito se resume em justiça, mas parando para raciocinar direito vai muito além da justiça, ou até mesmo da famosa frase de que quem, é “adepto ao direito tem sede de justiça”, mas isto vai além.

Sousa Junior (2011) relata em sua Obra; O Direito Achado na Rua, que o intento é

atribuir propriamente Direito ao que emerge de sua fonte material “o povo” e de seu protagonismo a partir da rua evidente metáfora da esfera pública. O escopo presente é outro. É, inicialmente, dar conta de que o tema, seus fundamentos, sua concepção, já não são debatidos apenas na academia, entre intelectuais, mas ganharam dimensão pública interessando, incomodando, interpretando os meios ordinários, a opinião do senso comum e provocando manifestações e uma inusitada circulação de opiniões.

O direito tem interagindo na sociedade encorajando aqueles que antes estavam apenas fechados dentro de uma universidade e agora desejam ir para as ruas para a sociedade, interagir com as pessoas ajuda-las a se encontrarem com as leis e seus direitos.

Sendo assim dentro do curso de direito encontram-se suas diretrizes curriculares e dentro delas normas e pareceres que auxiliam na formação do estudante de Direito a interagir sua profissão com a sociedade.

Com isto discorreremos sobre as diretrizes e suas portarias vigentes nos últimos anos.

Começamos pela portaria ministerial n. 1886 de 30 de dezembro de 1994, em seu artigo 3º diz que o curso jurídico desenvolverá atividades de ensino, pesquisa e extensão, interligadas e obrigatórias, segundo a programação e distribuição aprovadas pela própria instituição de ensino superior, de forma a atender as necessidades de formação fundamental, sócio política, técnico-jurídica e prática do bacharel em direito.

Na Resolução 9/2004 em seu Art. 5º fala que o curso de Direito deverá contemplar, em seu Projeto Pedagógico e em sua Organização Curricular, conteúdos e atividades que atendam aos seguintes eixos interligados de formação:

Em seu inciso II vem dizer que o eixo de formação profissional, abrangendo, além do enfoque dogmático, o conhecimento e a aplicação, observadas as peculiaridades dos diversos ramos do direito, de qualquer natureza, estudados sistematicamente e contextualizados segundo a evolução da ciência do direito e sua aplicação às mudanças sociais econômicas, políticas e culturais do Brasil e suas relações internacionais, incluindo-se necessariamente, dentre outros condizentes com o projeto pedagógico, conteúdos essenciais sobre Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Civil, Direito Empresarial, Direito do Trabalho, Direito Internacional e Direito Processual.

Ressalta-se que o curso de Direito passou nos últimos anos a ser supervisionado pela Resolução Nº 9 de 29 de setembro de 2004, que instituiu as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito.

Em seu artigo Art. 2º narra que a organização do Curso de Graduação em Direito,

observadas as Diretrizes Curriculares Nacionais se expressa através de seu projeto pedagógico, abrangendo o perfil do formando, as competências e habilidades, os conteúdos curriculares, o estágio curricular supervisionado, as atividades complementares, o sistema de avaliação, o trabalho de curso como componente curricular obrigatório do curso, o regime acadêmico de oferta, a duração do curso, sem prejuízo de outros aspectos que tornem consistente o referido projeto pedagógico.

As diretrizes curriculares têm em mira fornecer as linhas gerais para os cursos jurídicos estruturarem seus projetos pedagógicos de forma autônoma e criativa, demandar atividades de caráter social, ajudando na formação do aluno de direito preparando-o intelectualmente e fortalecendo sua aptidão para o exercício técnico e profissional do Direito.

Junto a tudo isto que já foi explanado entra a LDB que é estabelecida na Lei nº 9394/96 que narra as diretrizes e bases da educação nacional, a LDB com suas inovações trouxe mudanças aos níveis de ensino, dando destaque as mudanças no Ensino Superior.

Na LDB em seu Art. Nº 43 Inciso VI vem dizer que estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente, em particular os nacionais e regionais, prestar serviços especializados à comunidade e estabelecer com esta uma relação de reciprocidade. Frisando também neste mesmo artigo inciso VII promover a extensão, aberta à participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição.

3 ATIVIDADES COMPLEMENTARES

O curso de Direito passou nos últimos anos a ser supervisionado pela Resolução Nº 9 de 29 de setembro de 2004, que instituiu as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito.

Em seu artigo Art. 2º narra que a organização do Curso de Graduação em Direito, observadas as Diretrizes Curriculares Nacionais se expressa através de seu projeto pedagógico, abrangendo o perfil do formando, as competências e habilidades, os conteúdos curriculares, o estágio curricular supervisionado, as atividades complementares, o sistema de avaliação, o trabalho de curso como componente curricular obrigatório do curso, o regime acadêmico de oferta, a duração do curso, sem prejuízo de outros aspectos que tornem consistente o referido projeto pedagógico.

As diretrizes curriculares têm em mira fornecer as linhas gerais para os cursos jurídicos

estruturarem seus projetos pedagógicos de forma autônoma e criativa, demandar atividades de caráter social, ajudando na formação do aluno de direito preparando-o intelectualmente e fortalecendo sua aptidão para o exercício técnico e profissional do Direito.

Junto a tudo isto que já foi explanado entra a LDB que é estabelecida na Lei nº 9394/96 que narra as diretrizes e bases da educação nacional, a LDB com suas inovações trouxe mudanças aos níveis de ensino, dando destaque as mudanças no Ensino Superior.

Na LDB em seu Art. Nº 43 Inciso VI vem dizer que estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente, em particular os nacionais e regionais, prestar serviços especializados à comunidade e estabelecer com esta uma relação de reciprocidade. Frisando também neste mesmo artigo inciso VII promover a extensão, aberta à participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição.

Segundo o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (SINAES), afirma que as instituições de ensino superior brasileiras vivem atualmente um momento de reorganização administrativa em torno de uma gestão socialmente responsável, em um movimento de aproximação da academia com a sociedade, rompendo assim, sua tradição assistencialista. Traz para a sala de aula e para os laboratórios a sociedade e suas demandas e, por outro lado, levando a academia à interação próxima com a comunidade, cria situações de aprendizado e de concepção de ideias, em um contexto democrático em que a educação ocorre contribuindo para a produção de capital humano, intelectual e tecnológico do país, direcionando para o desenvolvimento sustentável da sociedade.

Na Resolução nº 9/2004 em seu Art. Nº 8º diz que as atividades complementares são componentes curriculares enriquecidos e complementadores do perfil do formando, possibilitam o reconhecimento, por avaliação de habilidades, conhecimento e competência do aluno, inclusive adquirida fora do ambiente acadêmico, incluindo a prática de estudos e atividades independentes, transversais, opcionais, de interdisciplinaridade, especialmente nas relações com o mercado do trabalho e com as ações de extensão junto à comunidade.

Lembrando que, não se pode confundir de maneira alguma as atividades complementares com o Trabalho de Conclusão de Curso ou até mesmo com o Estágio Supervisionado e conforme o Art. Nº 12 vem dizer que as diretrizes curriculares nacionais desta resolução deverão ser implementadas pelas instituições de ensino superior, obrigatoriamente, no prazo de dois anos, aos alunos ingressantes, a partir desta publicação.

As atividades complementares, enquanto elemento curricular, aparecem então como

canal de abertura para grandes descobertas. Desta forma, tais atividades são apresentadas como espaço de possibilidades. Tal processo se dá com bastante dinamismo e compartilhamento professor, aluno e a sociedade. Sendo assim com esta ferramenta os alunos de curso jurídico aplicariam na sociedade todo o conhecimento adquirido em sala de aula e assim o direito passou a ser interligado fora das instituições de ensino e adicionado dentro das comunidades pertencentes ao redor daquela instituição de ensino.

Podemos observar que no art. 3º da Resolução 9/2004, diz que o curso de graduação em direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade para análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício do direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania.

Com tudo isto já em iniciação criou-se, um local próprio para que as atividades fossem elaboradas e supervisionadas de forma exclusiva, sendo assim germinaram os chamados núcleos de prática jurídica.

Sousa Junior (2011) explica que o núcleo de pratica jurídica – NPJ, como é sabido, acabou recebendo o influxo da mobilização dos estudantes para imprimir à sua formação a dimensão de realidade que, num primeiro momento, motivada pela capacidade de intervenção dos antigos escritórios modelos de advocacia, logo se qualificou com a condição de política do processo de assessoria jurídica universitária vivenciado pelos serviços de assessoria jurídica que as organizações estudantis procuravam imprimir ao modelo de prática reivindicado curricular-mente.

Assim, a assimilação teoria-prática deve identificar-se como ato crítico no qual se prova que a prática jurídica é necessária para o aperfeiçoamento de novos juristas e principalmente levar o aluno de encontro com a sociedade.

No parecer 5/6/2013 manifestou que fosse incrementado no Art. 7º da Resolução 9/2004 os parágrafos 3º e 4º onde incrementarão o seguinte texto, Parágrafo 3º para desempenho de suas funções, o núcleo de pratica jurídica poderá manter convênios com outras entidades de ensino, instituições públicas ou privadas, além de escritórios de advocacia, de modo a viabilizar aos alunos a participação em atividades jurídicas práticas, tal como previstas no Projeto Pedagógico do curso.

Parágrafo 4º O núcleo de pratica jurídica, com o objetivo de pleno atendimento às

demais demandas acadêmicas do curso, poderá contemplar, dentre outras, as seguintes atividades:

I – Práticas simuladas; II – Visitas orientadas; III – Participação em atividades de arbitragem, conciliação e mediação; IV – Participação em atividades judiciais/jurídicas reais, mediante supervisão de profissionais orientadores vinculados à IES.

Mas em 2017 teve uma nova resolução a Resolução N° 3 de julho de 2017, onde novamente alterou-se o Art. 7º, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 7º Parágrafo 1º Inciso I o na própria instituição de educação superior, por meio de seu Núcleo de Prática Jurídica, que deverá estar estruturado e operacionalizado de acordo com a regulamentação própria, aprovada pelo seu órgão colegiado competente, podendo ser celebrado convênio com a Defensoria Pública para prestação de assistência jurídica suplementar;

Inciso II Em serviços de assistência jurídica de responsabilidade da instituição de educação superior por ela organizados, desenvolvidos e implantados;

Inciso III nos órgãos do poder judiciário, do ministério público, da defensoria pública e das procuradorias e demais departamentos jurídicos oficiais; Inciso IV em escritórios e serviços de advocacia e consultorias jurídicas.

Lembrando que as atividades complementares, previstas nas novas diretrizes curriculares para os cursos de graduação em direito, podem ser consideradas como uma inovação aos projetos dos cursos jurídicos, fornecendo um tom de vanguarda e atualidade aos mesmos, oportunidade de se construir as habilidades e competências do aluno adquiridas, e ajudando a sociedade.

Vale ressaltar que em outras instituições de ensino as atividades complementares, e com seus trabalhos desenvolvidos junto com outras entidades, públicas ou privadas, no sentido de se trazer, além de conhecimentos práticos os conhecimentos ou práticas determinadas ao auxílio da sociedade sendo palestras para estudantes, presos, e menores infratores, entre outros.

Além da ideia de que a realidade social, isto é, ao longe da captação de eventuais problemas que surgem na sociedade, pelo exercício das atividades complementares conjuntamente com as demais atividades de práticas de ensino jurídico, encontra-se a real possibilidade de se ter uma ação social eficaz para solucionar estes problemas.

Na CF em seu art. 6º A educação é um direito de todos e dever do estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para

o trabalho.

3.1 Direito e Suas Transformações Sociais

Entendemos que como citado acima está nascendo um novo modelo de Direito, não apenas fixando entre universidade e aluno e sim para ir ao encontro da sociedade e as comunidades para elevar a transformação social.

No informe apresentado pela República Federativa da Alemanha à UNESCO vem confirmar que, um novo modelo ideal de jurista está em vias de nascer distingue-se do modelo anterior, antes de tudo, pelo fato de que o seu propósito está no trabalho crítico sobre o Direito e, com ele, na compreensão do político e do social, também na atitude de responsabilidade visando a determinar-lhe a imagem para o porvir.

O Direito nos últimos anos tem enfrentado dificuldades em se enquadrar nestas mudanças que estão por vir na sociedade, onde sua ineficiência se torna grotesca e vai muito além.

Monreal (1988), expõe que se o consideramos em sua relação com as sociedades concretas que, com bastante uniformidade, nos mostra a América Latina de hoje, é preciso admitir que o Direito aparece desvinculado, inclusive, das concepções econômicas e políticas dominantes e que não se ajusta aos “projetos concretos da vida social” que afloram nos espíritos mais progressistas. Encontramo-nos, por isso, em presença de um direito absoluto, mesmo para as circunstâncias sociais vigentes, circunstâncias que o conservantismo dos juristas é incapaz de identificar e, muito menos, remover.

Quando falamos em Direito é válido relacionar o ensino do Direito com a reforma universitária junto aos desenvolvimentos sociais, diante disto o Direito tem enfrentado transformações sociais.

Sousa Junior (2011), narra que uma novidade do projeto reforma universitária atualmente em tramitação no congresso nacional é o requisito de responsabilidade social atribuído as Instituições de Ensino Superior. Nos fundamentos do projeto este requisito está inscrito na disposição de fazer a educação superior interagir com a sociedade de tal forma que a qualidade acadêmica ganhe relevância social.

Machado (2009) narra que a mudança é algo que sempre oscilará entre a ideia de revolução social, que supõe toda uma transformação no modo de produção econômica e, conseqüentemente, no sistema político; e a ideia de reforma, em que as relações sociais

assumem padrões diferentes dos padrões tradicionais, porém sem a radical transformação dos sistemas políticas e econômicas.

Sendo assim Sousa Junior (2011) diz que os ensaios e documentos editados pela comissão de ensino jurídico, nos livros que compõem a série OAB Ensino Jurídico, abre-se uma perspectiva de futuro acerca da função do Direito e do papel do jurista na sociedade. Pode dizer, com convicção, que os estudos da OAB descortinaram alternativas paradigmáticas para a construção desse futuro, o qual não pode prefigurar –se senão sobre a consciência da responsabilidade que tem o ensino jurídico para a criação de categorias novas apreendidas na leitura atenta da realidade social.

Desta forma os núcleos de práticas jurídicas possuem responsabilidade social dos estudantes de Direito pois, em um primeiro momento teve a motivação através de escritórios jurídicos já ativos, logo se instaurou a assessoria jurídica de caráter universitário sendo estes vividos pelos serviços de assistências jurídicas, com isto as instituições de Direito transformaram este modelo em prática curricular. Boaventura vem dizer que nas faculdades de Direito esse processo surgiu dentro do movimento que procurava integrar, a extensão comunitária com a reivindicação de responsabilidade social para as universidades, com nuances diversas e intencionalidade, mas em cujo âmbito pode se aferir.

Sousa Junior (2011) fala que com efeito, as assessorias jurídicas dos movimentos sociais surgiram no Brasil a partir dos anos 1960, em parte como decorrência dos limites contidos num sistema político autoritário e, em parte, estiolante, que impedia a percepção do direito como estratégia de superação de uma realidade injusta e da exclusão social, fazendo do formalismo legal um obstáculo à emergência de novos direitos.

3.2 Políticas Públicas, Atividades Complementares e Diretrizes Curriculares

Quando unimos atividades complementares e Diretrizes curriculares, atingimos um ápice natural que é as Políticas Públicas, ou seja, neste exato momento estamos adicionando ao nosso raciocínio uma Política Pública que é levar a sociedade a se encontrar com a Faculdade e o Curso de Direito e suas atividades complementares.

Mas a pergunta que fica é? O que vem a ser políticas públicas? Pereira (2012) vem dizer que não se pode falar em política pública fora da relação estado e sociedade, portanto, políticas públicas são ações públicas assumidas pelos governos, instituições públicas estatais com ou sem participação da sociedade que concretizam direitos humanos coletivos ou direitos sociais

garantidos em lei. Tudo o que o Estado faz ou deixa de fazer está compreendido como metas das políticas públicas a serem cumpridas: o investimento, os seguimentos beneficiados ou excluídos pelos serviços. Dependendo de como as políticas públicas são elaboradas, elas podem oportunizar a melhoria da qualidade de vida da população, redistribuindo renda, ou podem privilegiar setores dominantes da sociedade, aumentando ainda mais a concentração de renda e da desigualdade social.

As políticas públicas formam um leque de oportunidades para a sociedade se integrar com o estudante de Direito pois, o ensino jurídico é rico em conhecimento e muitas vezes as comunidades sociais tem sede disto e principalmente sentem vontade de aprender. Por isto os núcleos de práticas jurídicas e as atividades complementares se tornam tão importantes para as comunidades.

Sendo assim para a sociedade que não possui acesso ou inteiração com ensino e conhecimento jurídico, passar a se agregar a estes novos moldes vencendo preconceitos e a desigualdade social. Dora (2002) narra que os negros, os pobres, os marginalizados pela raça, pelo sexo, por deficiências físicas ou psíquicas, por idade etc, continuam em estado de desalento jurídico em grande parte do mundo. Inobstante a garantia constitucional da dignidade humana igual para todos, da liberdade igual para todos, não são poucos os homens e mulheres que continuam sem ter acesso às iguais oportunidades mínimas de trabalho, de participação política, de cidadania criativa e comprometida, deixados que são à margem da convivência social, da experiência democrática na sociedade política.

Por isto é tão importante usar estas ferramentas como um novo modelo de políticas públicas, é necessário mudar e fazer com que a desigualdade social seja obstruída e fazer com que as grandes comunidades tenham acesso ao conhecimento entre núcleos de práticas jurídicas regidos pela faculdade de direito.

4 CONCLUSÃO

Nos dias atuais, as preocupações com a cidadania têm-se manifestado em todos os sentidos, especialmente no âmbito educacional. As atividades complementares são de suma importância para a participação direta do aluno e da IES junto da sociedade, e, assim, propiciar uma qualidade de desenvolvimento social.

O propósito da presente pesquisa foi mostrar os reflexos das atividades complementares dos cursos de Direito na região, procurando observar seu empenho no desenvolvimento e

função social.

Conforme foi acontecendo a pesquisa, em cada visita às instituições, pudemos confirmar que todas seguem de forma minuciosa os projetos pedagógicos por elas estabelecidos, e todo ano passam por revisões ou alterações.

No decorrer do trabalho, observamos que em algumas IES as atividades complementares junto à sociedade não geram tantos reflexos como o esperado; mas esforçam-se e se desdobram para atingir melhores resultados.

E, há, também, as instituições que se empenham por mudanças, exercendo atividades complementares de maneira assídua nas comunidades, e a cada dia ampliando suas atuações para o desenvolvimento da cidadania.

A intenção não foi levantar o que é certo ou o que é errado, mas, sim, abordar esta investigação social junto das IES e suas atividades complementares; e como pudemos verificar, algumas IES têm um cuidado imenso com a sociedade, sempre levando algo inovador para junto das comunidades; outras, já não demonstram o mesmo empenho em promover trabalhos significativos e regulares. Cada instituição possui seu jeito próprio de lidar com a sociedade por meio das atividades complementares; e o que chamou a atenção foi o fato de que todas querem melhorar essa interação social com as comunidades onde atuam.

Ao apresentar o desfecho deste trabalho, esperamos que o resultado seja de utilidade para a motivação e criação de mais e mais projetos que envolvam atividades complementares e cidadania.

Algumas IES pesquisadas manifestaram seu interesse em aprimorar mais ainda as atividades complementares junto à sociedade, e contam com esta pesquisa para dar o passo inicial, pois, ao participarem do trabalho, respondendo ao questionário e discutindo sobre o tema, ampliaram suas reflexões e constataram a extrema importância que têm as atividades complementares realizadas pelas IES nas comunidades.

Portanto, defendemos que as atividades complementares são fundamentais para o desenvolvimento social e devem, sim, obedecer à risca tudo o que é proposto pelas IES e seus projetos pedagógicos.

Assim, pode-se concluir que as atividades complementares devem ser valorizadas e, principalmente, gerar reflexos de maneira direta nas comunidades, fazendo com que a sociedade se sinta amparada e protegida por esse novo saber, que conduz a IES até os cidadãos, facilitando-lhes o exercício pleno da cidadania, o que foi visível durante toda a pesquisa. Vale ressaltar que na região pesquisada as instituições de ensino estão bastante preocupadas com as

atividades complementares e sua execução no ensino jurídico e sociedade.

REFERÊNCIAS

ADORNO, S. **Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira**. São Paulo: Paz e Terra, 1988.

BITTAR, E. C. B. **Estudos sobre ensino jurídico, pesquisa, metodologia, diálogo e cidadania**. São Paulo: Atlas, 2. ed., 2006.

BOAVENTURA, E. M. **A educação brasileira e o direito**. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.

BORGES, R. P. **As atividades complementares na formação em direito no Brasil**: um estudo de implantação das proposições da portaria ministerial n. 1886 de 30 de dezembro de 1994 nas faculdades de Direito da região geoeconômica de Brasília-DF., 2005. Dissertação (mestrado) – Universidade de Franca, 2005.

BOYADJIAN, G. H. V. **Os núcleos de prática jurídica nas instituições privadas de ensino superior**. Dissertação. Franca: Universidade de Franca, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federal do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 set.2024.

BRASIL. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, 20 dez. 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acesso em: 15 set. 2024.

BRASIL. Portaria Ministerial nº 1886 de 30 de dezembro de 1994. Fixa as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do curso jurídico. Brasília, 1994. Disponível em: <https://www.oabrn.org.br/arquivos/LegislacaoSobreEnsinoJuridico.pdf>. Acesso em: 15 set. 2024.

BRASIL. **Resolução CNE/CES nº 9, de 29 de setembro de 2004**. Disponível em:
<https://abmes.org.br/legislacoes/detalhe/2186/resolucao-cne-ces-n-9>. Acesso em: 15 set.2024.

BRASIL. **Resolução nº 3, de 14 de julho de 2017**. Disponível em:
<https://www.semesp.org.br/legislacao/resolucao-cnecnes-no-3-de-14-de-julho-de-2017/>. Acesso em: 15 set.2024.

CARLINI, A.; CERQUEIRA, D. T. de; ALMEIDA FILHO, J. C. de A. **180 anos do ensino jurídico no Brasil**. Campinas: Millennium, 2007.

DORA, D. D. **Direito e mudança social**. Rio de Janeiro: Renovar: Fundação Ford, 2002.

JUNIOR, J. G. S. **O direito como liberdade o direito achado na rua**. Porto Alegre: Sergio

Antônio Fabris, OAB, 2011.

LIBÂNEO, J. C. **Didática**. São Paulo: Cortez, 1994.

MACHADO, A. A. **Ensino jurídico e mudança social**. São Paulo: Expressão Popular, 2. ed., 2009.

MONREAL, E. N. **O direito como obstáculo à transformação social**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

MOTTA, E. **Direito educacional: educação no século XXI**. Brasília: UNESCO, 1997.

NALINI, José Renato. **Função social da advocacia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed., 1999.

PEREIRA, J. M. **Curso de planejamento governamental - foco nas políticas públicas e nos indicadores sociais**. São Paulo: Atlas, 1. ed., 2012. 33p.

PÔRTO, I. da F. **Ensino jurídico, diálogos com a imaginação**. São Paulo: Sergio Antonio Fabris, 2000.

RODRIGUES, H. W. **Ensino do direito no Brasil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, A. L.L. dos. **Ensino jurídico - uma abordagem político-educacional**. Campinas: Edicampi, 2002.

GÊNERO E COR: VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E MULHERES NEGRAS

NEVES, Bruno Humberto¹

MALQUIAS, Rafaela Buzoni²

ISSUE DOI: 10.3738/1982.2278.4524

RESUMO: Vivemos em um País que foi fruto de colonização, logo, através da análise histórico-cultural, vislumbram-se instrumentos de uma dominação patriarcal-racista. Nesse sentido, a formação cultural brasileira favorece a ocorrência da invisibilidade de mulheres negras e, não obstante, a incidência da violência doméstica sobre essas vítimas em específico. É imprescindível, então, realizar a intersecção do gênero e cor a fim de que se entenda os institutos de dominação, como a violência doméstica e familiar e o feminicídio sobre essas mulheres. A justificativa da presente pesquisa se concentra na necessidade de se dar visibilidade às mulheres negras que são esquecidas pelos movimentos sociais cuja finalidade é fazer cessar a violência doméstica. Quanto ao objetivo da pesquisa, consagra-se principalmente em explorar as distinções quanto às violações que recaem entre negras e brancas, portanto, se a questão racial é determinante na problemática. A fim de se construir a pesquisa, a metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica crítica, baseando-se em livros, artigos científicos, leis, reportagens e dados estatísticos acerca da violência doméstica contra mulheres negras. Quanto aos resultados da pesquisa, têm-se que as agressões recaem de forma abrupta sobre mulheres negras, inclusive em quantidade maior do que em mulheres brancas, atingindo-se o objetivo de pesquisa em razão das distinções presentes. Conclui-se que a combinação de gênero e cor produz dupla desigualdade, sendo assim, elementos determinantes nas violações por essas mulheres suportadas.

Palavras-chave: Violência Doméstica. Mulheres Negras. Racismo.

GENDER AND COLOR: DOMESTIC VIOLENCE AND BLACK WOMEN

SUMMARY: We live in a country that was the result of colonization, so through historical and cultural analysis, we can see the instruments of patriarchal-racist domination. In this sense, Brazil's cultural background favors the invisibility of black women and, nevertheless, the incidence of domestic violence against these victims in particular. It is therefore essential to look at the intersection of gender and color in order to understand the institutes of domination, such as domestic and family violence and femicide against these women. The justification for this research lies in the need to give visibility to black women who are forgotten by social movements whose aim is to stop domestic violence. The main aim of the research is to explore the distinctions between the violations suffered by black and white women, and whether race is a determining factor in the problem. In order to carry out the research, the methodology used was a critical bibliographical review, based on books, scientific articles, laws, reports and statistical data on domestic violence against black women. The results of the research show that aggression falls sharply on black women, even in greater numbers than on white women, achieving the research objective because of the distinctions present. The conclusion is that the combination of gender and color produces double inequality and is therefore a determining factor in the violations suffered by these women.

Keywords: Domestic Violence. Black women. Racism.

1 INTRODUÇÃO

Nos termos da reportagem concedida ao Projeto Gênero e Número, com observância ao Mapa da Violência, no ano de 2017, dos 209.580 casos de violência física registrados pelo

¹ Mestre em direito pela Faculdade de Ribeirão Preto – USP/SP. Docente na Faculdade Dr. Francisco Maeda – FAFRAM/SP desde 2019. Advogado.

² Bacharel em direito pela Faculdade Dr. Francisco Maeda – FAFRAM/SP.

Sinan (Sistema de Informação de Agravos de Notificação), extrai-se que 67% destas agressões tiveram como vítimas mulheres. Nesse sentido, vislumbra-se que esse grupo totaliza, consideravelmente, mais da metade das vítimas de violência física no Estado brasileiro, logo, sem dúvidas, verifica-se a influência do gênero nas violações sofridas. Ainda que o Brasil adote em sua legislação pátria diversos mecanismos que visam coibir a violência doméstica, torna-se impossível negar a existência da crescente taxa de casos envolvendo vítimas do sexo feminino. Nesse diapasão, mesmo que a Constituição Federal e leis infraconstitucionais, como por exemplo, o Código Penal e a Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), garantam o direito de as mulheres viverem uma vida harmoniosa de igualdade e, sem violência, os dados apresentam o contrário.

Em continuidade, de acordo com o SIM (Sistema de Informação sobre Mortalidade), no ano de 2016, em reportagem também concedida ao Projeto Gênero e Número, consoante com o Mapa da Violência, das mulheres que tiveram suas vidas ceifadas, 64% eram negras. Portanto, é imprescindível interligar as questões de gênero e raça, a fim de se tratar acerca da violência doméstica e mulheres negras, haja vista que são maioria, conforme se observará adiante na presente pesquisa. É perceptível que mulheres não brancas sofrem dupla vulnerabilidade, outrossim, pelo viés da raça e do gênero, merecendo especial atenção, pois inúmeras vezes são invisibilizadas e esquecidas pelos movimentos sociais de militância, prevenção e repressão à violência doméstica e familiar.

A relevância da presente pesquisa destaca-se pela possibilidade de trazer visibilidade a essas mulheres que são repetidamente silenciadas, desse modo, enfatizando-se não apenas a temática do gênero, mas também o racismo estrutural que se perpetua na sociedade brasileira. Além disso, justifica-se socialmente o presente trabalho, sob o aspecto de que mulheres negras também estão incluídas no direito à igualdade previsto na Constituição Federal de 1988, assim, a pesquisa pode auxiliar essas vítimas em específico a identificarem agressões físicas, psicológicas, morais, patrimoniais e sexuais sofridas e, finalmente tendo suas posições claras e suas vozes não silenciadas na sociedade.

O objetivo da pesquisa é claro: visa-se revisar o conteúdo normativo e explorar a temática através de dados estatísticos e bibliográficos com a finalidade de se entender as distinções que ocorrem entre a violência doméstica contra mulheres brancas e não-brancas. Nesse contexto, traçar questões comparativas. Enfatiza-se que o objetivo não é, de forma alguma, invisibilizar a luta de mulheres brancas e, sim, apenas interseccionar os fenômenos do sexismo e do racismo.

Quanto à metodologia utilizada na produção da presente pesquisa, destaca-se a revisão bibliográfica crítica, através de livros, artigos científicos, leis, reportagens e dados estatísticos no âmbito da temática.

2 CONCEITOS E DADOS ACERCA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A violência, conforme define a Organização Mundial da Saúde (OMS), é entendida pelo uso da força física ou do poder, nesse sentido, consiste na prática ou na ameaça de praticá-la contra si próprio, contra outra pessoa, contra um grupo ou até contra a comunidade. Essa violência ainda resulta ou pode resultar em sofrimento, morte, dano psicológico, bem como em desenvolvimento prejudicado ou em privação (Organização Mundial Da Saúde, 2002).

Já quanto à violência em sua perspectiva de gênero, outrossim, violência doméstica, extrai-se do artigo 5º, *caput*, da Lei 11.340/06 o seguinte: “[...] configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: [...]” (Brasil, 2006).

Em continuidade, é necessário enfatizar que para a caracterização da violência doméstica e familiar contra a mulher, nos moldes dos incisos I, II, e III, do artigo 5º, da Lei popularmente conhecida como “Lei Maria da Penha”, é necessário que essas violações se deem no âmbito da unidade doméstica ou no contexto familiar, outrossim, é possível vislumbrar as agressões contra o gênero advindas de relações íntimas de afeto (Brasil, 2006).

Finalmente, quanto à violência doméstica, há a necessidade de expor que, em consenso com a Lei 11.340/06, em seu artigo 7º, existem cinco formas pelas quais essas agressões podem se concretizar, sendo elas: a física, entendida como uma violação à integridade corporal da vítima; a psicológica, que se configura através de uma conduta que perturbe o pleno desenvolvimento da mulher; a violência sexual, que consiste no constrangimento a presenciar, manter ou participar de relação sexual não desejada; a patrimonial, entendida como a conduta de violar a esfera de bens patrimoniais da figura feminina e; não menos importante, a violência moral, constituída por atos que se configurem crimes contra a honra, assim, calúnia, difamação e injúria (Brasil, 2006).

Portanto, o legislador ampliou a caracterização do fenômeno da violência doméstica e familiar em prol de uma maior proteção às mulheres.

É mister que as mulheres gozem de igualdade formal em relação aos homens, conforme

se absorve da leitura do artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal, ao enfatizar que os homens e mulheres são iguais em direitos e deveres (BRASIL, 1988). Todavia, em relação à igualdade aristotélica, ou seja, a igualdade em seu aspecto material, há um caminho a se percorrer para que, de fato, exista uma isonomia plena.

Não se nega a existência no campo jurídico de diversos instrumentos que visam coibir a violência doméstica e familiar, dentre eles, a já citada Lei n. 11.340/2006, bem como a qualificadora do feminicídio presente no artigo 121, inciso VI, do Decreto Lei n. 2.848/1940, esta que fora incluída pela Lei n. 13.104/2015 e, outros demais mecanismos. Todavia, conforme adiante exposto, as violações suportadas pelas vítimas do sexo feminino são crescentes, não obstante, acontecem em número maior contra mulheres negras em relação às mulheres brancas.

De acordo com Teles e Melo (2020, p. 206) “[...] nos damos conta de que muita coisa mudou, do ponto de vista legislativo. Muitas conquistas advindas dos movimentos feministas e das mulheres em luta constante contra a desigualdade e violência de gênero e raça”. Logo, as inovações legislativas são frutos de duras lutas, conforme se percebe nos instrumentos normativos expostos no parágrafo anterior, mas não somente neles. A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, 1994), por exemplo, é um instrumento normativo cuja finalidade é fazer cessar as discriminações em razão do gênero que, inclusive, também embasa a Lei Maria da Penha, juntamente com outros tratados internacionais, de acordo com o artigo 1º da Lei nº 11,340/06 (Brasil, 2006).

No entanto, segundo Pimentel (2020, p. 26) “Os grandes instrumentos internacionais em prol dos direitos humanos e dos direitos da mulher devem ser valorizados mas não *feiticizados*”. Nesse sentido, é a hermenêutica que se extrai dos textos normativos mencionados na presente pesquisa, pois ainda é perceptível a vulnerabilidade da mulher em virtude das falhas legislativas e estruturais da sociedade.

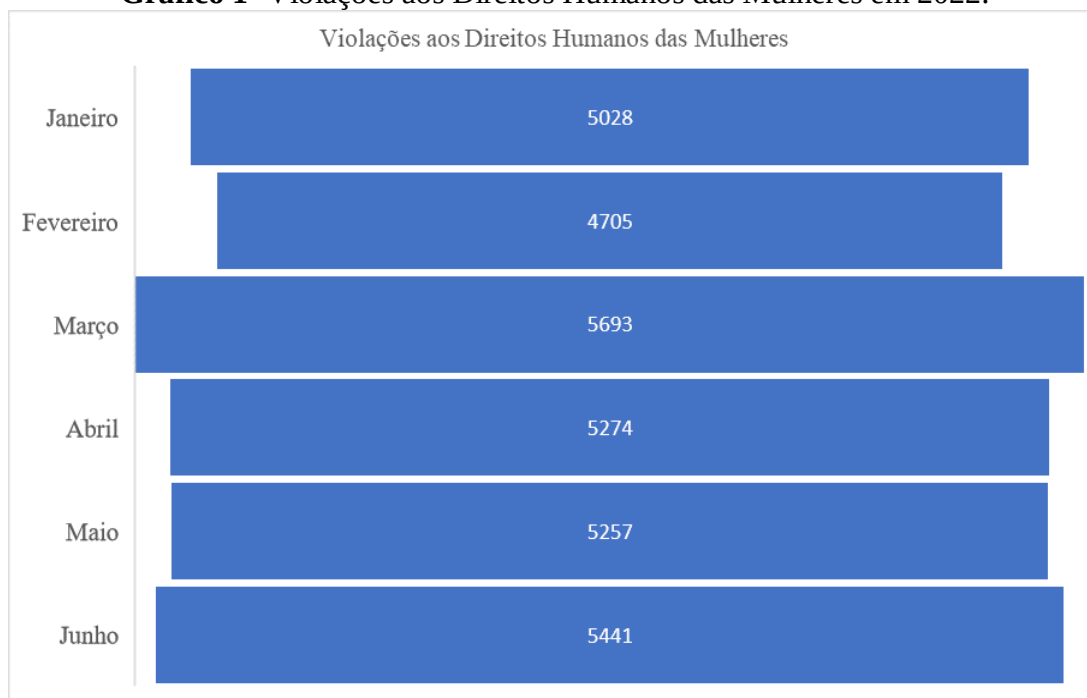
Em sequência, menciona-se que o fator responsável pela opressão de grande maioria das mulheres ao redor de todo o mundo é o desequilíbrio do poder. Leia-se, a superação desse fator é condição para que os direitos humanos fundamentais da população feminina sejam respeitados (Pimentel, 2020).

Visto que há um desequilíbrio de poder, torna-se imprescindível explorar os dados quanto às taxas de violência doméstica contra as mulheres, nesse sentido, envolvendo todas suas formas (física, sexual, psicológica, patrimonial e moral). É mister destacar que os elementos a seguir expostos são gerais, assim, sem distinção de etnia ou classe social. Ademais,

foram disponibilizados em razão do Agosto Lilás, mês cujo objetivo é conscientizar acerca dos tipos de violência doméstica em razão do gênero.

Vide os dados:

Gráfico 1- Violações aos Direitos Humanos das Mulheres em 2022:



Fonte: Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (2022).

Em interpretação ao gráfico, de acordo com o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), até a primeira semana de julho de 2022, o número de denúncias de violações aos Direitos Humanos envolvendo casos de violência doméstica contra as mulheres era de 169.676.

Dessa maneira, no Brasil, em janeiro, foram registradas 5.028 denúncias de violações aos direitos humanos das mulheres, de forma geral. Já no mês de fevereiro, o MMFDH registrou 4.705 denúncias. Em março houve 5.693 relatos de agressões, sendo assim, o período em que o número foi o mais elevado. Em abril, a quantidade diminuiu modestamente para 5.274 denúncias. No mês de maio foram registradas 5.257 denúncias e, por fim, no último mês da pesquisa, junho, observa-se 5.441 casos, nesse diapasão, o segundo mês em que mais se infringiu os direitos humanos das vítimas.

É indiscutível que a violência contra a mulher é uma violação contra os direitos humanos, portanto, uma violação que se configura através de um dominador e uma vítima dominada. Do mesmo modo se configura a violência racial, assim, é fundamental traçar um ponto de intersecção entre o sexismo e o racismo.

Veja os dados quanto ao homicídio de mulheres negras e brancas, respectivamente:

Tabela 1. Homicídio de Mulheres Negras

2016	2017	2018	2019
3.005	3.288	3.070	2.468

Fonte: MS/SVS/CGIAE-SISTEMA DE MORTALIDADE-SIM, 2019

Tabela 2. Homicídio de Mulheres Brancas

2016	2017	2018	2019
1.488	1.544	1.358	1.196

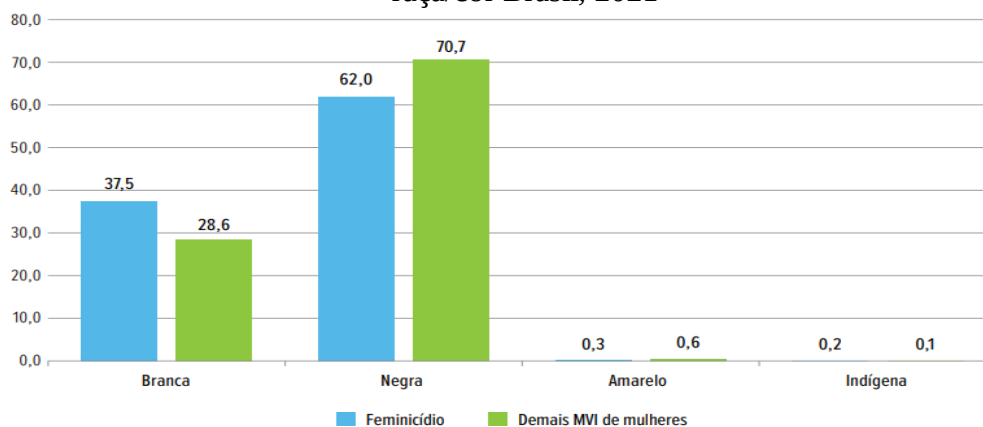
Fonte: MS/SVS/CGIAE-SISTEMA DE MORTALIDADE-SIM, 2019

Consoante o com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), no ano de 2016, em território Brasileiro, foram contabilizados 3.005 homicídios contra mulheres negras, já contra mulheres brancas, a quantidade foi de 1.488 vítimas, ou seja, menos da metade. No ano de 2017, 3.288 mulheres negras foram assassinadas, enquanto no mesmo ano, 1.544 mulheres brancas também foram vítimas de homicídio.

Em continuidade, no Atlas da Violência de 2018, o IPEA contabilizou 3.070 casos de homicídio envolvendo mulheres negras e 1.358 casos envolvendo mulheres brancas. Finalmente, em 2019, verificou-se 2.468 casos contra negras e 1.196 contra brancas. É válido esclarecer que os dados da pesquisa são quanto aos homicídios em geral e não apenas quanto à questão específica do feminicídio.

Todavia, é perceptível que o critério racial influencia nas relações de dominação, sendo assim, verifica-se dupla vulnerabilidade quanto às mulheres negras: em razão do gênero e de sua etnia, diferente de mulheres brancas que são vítimas de homicídio e violência, na maioria das vezes, em razão de seu gênero. Ademais, é possível vislumbrar que, anualmente, na maioria dos casos, a taxa de homicídios contra mulheres negras foi maior do que a de mulheres brancas.

Veja quanto ao feminicídio:

Gráfico 2 – Vítimas de femincidio e demais mortes violentas intencionais de mulheres, por raça/cor Brasil, 2021

Fonte: Secretarias Estaduais de Segurança Pública e/ou Defesa Social; Observatório de Análise Criminal/NAT/MPAC; Coordenadoria de Informações Estatísticas e Análises Criminais - COINE/RN; Instituto de Segurança Pública/RJ (ISP); Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE); Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2021.

No ano de 2021, conforme o Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022, com dados mais recentes, o feminicídio contra mulheres negras era de 62%, já contra mulheres brancas era de 37,5%, desse modo, mulheres negras tiveram suas vidas ceifadas em número quase dobrado em relação às mulheres brancas, ademais, tudo isso em razão do gênero e devido ao menosprezo à condição de mulher.

A violência contra a mulher negra é enraizada na sociedade Brasileira desde sua época colonial. Nesse período se vislumbrava violações em um contexto escravagista, como por exemplo, o estupro colonial, não raras vezes cometido por senhores brancos em detrimento de mulheres negras, fator inclusive que deu origem à miscigenação, à hierarquia do gênero e raça e, posteriormente, ao mito da democracia racial (Carneiro, 2020).

Para Carneiro (2020, p. 191):

[...] o que poderia ser considerado estórias ou reminiscências do período colonial permanece atuante no imaginário atual e se renova e adquire novas roupagens e novas funções numa ordem social supostamente democrática, mas que mantém intactos os papéis instituídos para as relações de gênero segundo a cor ou raça no período escravagista.

Desse modo, o que se nota é que as agressões perduram, no entanto, são veladas pelo argumento de que há plena igualdade entre indivíduos, sem qualquer interferência da etnia em que advêm.

Frequentemente mulheres negras são vítimas de abuso sexual, devido ao estereótipo que são submetidas, nessa conjuntura, o de sexualmente disponíveis, isso porque há uma intensa objetificação da mulher negra. Ademais, são vítimas de violência psicológica, visto que há a incidência de graves sequelas em sua autoestima, estas causadas por uma excessiva desvalorização e inferiorização (carneiro, 2020).

Leva-se em consideração os dados coletados pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), através da PNAD (Pesquisa Nacional de Amostra por Domicílios) levados a público no ano de 2021. Constatou-se, então, que 47,5% da população se autodeclara parda, 8,8% se autodeclara preta e 42,8% da sociedade se autodeclara de cor branca. Conclui-se, assim, que a população negra e parda, quando somada, é maioria em território Brasileiro, no entanto, é vitimizada e negligenciada, argumento que se comprova quando se observa os números apresentados quanto à taxa de violência e homicídio de mulheres com influência do fator racial, outrossim, figuras do sexo feminino que compõem essa população negra e parda são duplamente vítimas, ora quanto ao racismo, ora quanto ao sexismo.

Portanto, o Brasil é composto de pilares que sustentam o patriarcalismo, abrangendo

assim, a violência de gênero e a racial, sendo esses dois tipos de violência elementos estruturantes da sociedade Brasileira, explicando desse modo, o comportamento enraizado do dominador (Teles; Melo, 2020, p. 211).

3 O SEXISMO E O RACISMO SOB A PERSPECTIVA DE LÉLIA GONZALEZ

A estudiosa do feminismo negro, Gonzalez (2020)³ contribuiu com a análise do papel da mulher na sociedade Brasileira de forma expressiva através de suas obras, conforme será abordado neste tópico. Justifica-se o tópico dedicado a esta estudiosa em específico pelo fato de sua capacidade de domínio e contribuição ao tema, haja vista que, doou grande parte de sua vida explorando e abordando o papel da mulher negra na sociedade.

Nesse diapasão, é adequado explorar os escritos da autora quanto à violência doméstica contra a mulher negra e suas raízes, a fim de se entender os fatores que distinguem as violações contra mulheres negras e brancas. Não obstante, com seus escritos, há ampla visão acerca dos fatores que distinguem a violência contra mulheres negras e brancas.

Nesse sentido, durante entrevista denominada de “A lei facilita a violência”, na qual era entrevistada por Liane Santos, Gonzalez⁴ entende que a mulher negra sofre violência a partir de três vieses: social, racial e sexual. Logo, pertence a um grupo extremamente vulnerável e oprimido (Gonzalez, 2020).

Cumprе esclarecer que na entrevista mencionada no parágrafo acima, Gonzalez se posiciona da seguinte forma quanto aos casos de violência para com as mulheres e negros (2020, p. 277) “[...] Os casos de violência para com a mulher e os negros ocorrem em consequência de um racismo e machismo desenfreados. E a lei facilita essa violência criando artifícios para inocentar o opressor”. Logo, à época da entrevista, eram mais presentes legislações que favoreciam o agressor, distinguindo-se da época contemporânea, visto que, com os avanços legislativos explorados no presente artigo, há certa valorização da vítima, ainda que com lacunas, conforme abordado no tópico anterior.

Quanto à violação sexual das mulheres negras, pensa a estudiosa:

³ Segundo a entrevista realizada pelas Patrulhas Ideológicas em 1980, Gonzalez se apresentou da seguinte forma: era filha de pai operário e negro e, de mãe índia e analfabeta. Ademais, foi a décima sétima filha do casal de dezoito filhos. Cumprе discorrer que Gonzalez foi uma das únicas da família a ter a oportunidade de se aprofundar

⁴ A feminista negra, Gonzalez, expôs em entrevista que a conscientização de sua luta feminista se iniciou no casamento, visto que se casou com um homem branco e enfrentou diversos desafios advindos dos embates de cultura.

A mulata foi criada pela ideologia do embranquecimento. Nós sempre somos vistas como corpos: ou como um corpo que trabalha, que é burro de carga, que trabalha e ganha pouco, ou como um corpo explorado sexualmente, que é o caso da mulata, símbolo dessa ideologia. Quantas empregadas domésticas não sofrem investidas de seus patrões etc. A mulata ficou como símbolo dessa exploração, mas não só em seus estudos, motivo este que se formou em Filosofia e História. Gonzalez sempre se interessou pela aprendizagem, não obstante, acabou por se atentar às suas raízes históricas, assim, na vivência de seu povo e na busca de suas origens. Figura que a mulher negra é explorada. Tanto a empregada quanto a mulata são expressões modernas daquela que no passado foi chamada de mucama. Temos vários depoimentos de empregadas e outras mulheres negras de diversificadas funções sociais que relatam as investidas que sofrem de patrões ou superiores de trabalho (Gonzalez, 2020, p. 286-287).

Vislumbra-se, portanto, que a violência contra a mulher negra ultrapassa o âmbito do lar particular, caracterizando-se inclusive em locais de trabalho, principalmente quanto às empregadas domésticas, com sua consequente desvalorização e inferiorização.

Em artigo crítico, obra de Gonzalez⁵ denominada de “Mulher negra: um retrato”, a intelectual faz um juízo de valor acerca da vivência de uma mulher negra, domiciliada em uma comunidade do Rio de Janeiro. Em sua obra, traça as dificuldades enfrentadas, ou seja, em cenários de violações à dignidade sexual e física. Veja trecho do artigo: “Graças a Deus não é igual ao marido daquela prima que é mãe de oito filhos. Quando ele toma suas canas, bate nela pra valer. Às vezes sobra até pras crianças [...]” (Gonzalez, 2020, p. 159-160).

Logo, percebe-se no parágrafo acima uma crítica acerca da violência doméstica contra a mulher negra, bem como às opressões sofridas. Nesse diapasão, os escritos de Gonzalez retratam como a figura feminina não-branca é tratada no próprio contexto doméstico, fazendo-se jus, então, ao nome da obra. Além disso, reafirma o contexto da desigualdade social aliada ao gênero e raça, visto que acredita na vulnerabilidade da mulher negra sob a perspectiva social, racial e sexual, conforme já exposto na presente pesquisa.

Em continuidade, destaca-se os escritos da autora acerca a violência e exploração contra a mulher negra em seu viés sexual, nesse sentido, quanto à figura da mulata que, hodiernamente, não é mais entendida apenas como fruto da mestiçagem (filha de preto/a com branco/a), mas também como objeto de superexploração econômico-sexual. Motivo este que ressalta a importância da intersecção do gênero e cor, enquanto mulheres e negras. Portanto, o termo “mulata” é entendido como profissão, após a manipulação do sistema hegemônico e, repetidas vezes, jovens negras são cooptadas de forma sutil e tidas como objetos sexuais. Não se pode

⁵ Gonzalez, como mulher negra, começou a trabalhar muito cedo, exerceu serviços de babá e se tornou independente de sua família. A própria autora se inscreveu na escola e enfrentou os desafios, enquanto as outras alunas estavam sempre acompanhadas por adultos. Diante das dificuldades, Gonzalez foi amparada por professores que, segundo ela, lhe deram muita força.

desprezar suas origens humildes e a esperança de ascender na sociedade (Gonzalez, 2020).

Enxerga-se a superexploração econômico-sexual de mulheres negras de distintas formas na sociedade Brasileira, desde a contratação de jovens negras para se apresentarem em boates até a contratação como domésticas por senhoras brancas, mas com o intuito principal de auxiliarem seus filhos a iniciarem na vida sexual, perpetuando ainda a ideia da “sensualidade especial da mulher negra” (Gonzalez, 2020).

Ainda, às mulheres negras são impostos padrões penosos a serem seguidos, inclusive quanto à beleza, outrossim, a sociedade impõe que, para a mulher negra ser bonita deve ter o cabelo liso, bom e mole, deve ter traços e feições finas, o que leva mulheres negras a quererem entrar nesses padrões “esticando” e clareando o cabelo, ademais, em razão da dominação, as mulheres sentem vergonha de serem negras (Gonzalez, 2020). Portanto, vislumbra-se que, existe pressão externa a fim de aproximar a beleza de mulheres negras à de mulheres brancas, nesse sentido, é possível identificar fatores de violência psicológica que perturbam e atrasam o desenvolvimento da mulher negra.

Em sequência, é atribuída à mulher negra uma visão extremamente negativa, considerando-se as formas de superexploração que são submetidas, bem como formas de alienação advindas de uma formação social capitalista e racista, todavia, há que se considerar suas formas de resistência e sobrevivência (Gonzalez, 2020).

A situação em que a mulher negra é vista é capaz de estereotipá-la. Geralmente, as mulheres negras são alvos de violência doméstica e familiar, todavia, em raros momentos existe um *endeusamento* da população feminina negra. Gonzalez (2020), em seus escritos, discorre que esse fenômeno se dá principalmente no carnaval, festa típica Brasileira. Assim, as mulheres negras são desejadas e admiradas, inclusive, há a incidência do mito da democracia racial com toda sua força simbólica. Contudo, é sabido que em outros cenários a realidade é distinta, conforme os dados expostos no tópico acima.

A filósofa⁶, durante toda sua trajetória, agiu a fim de incluir a mulher negra na luta feminista, já que os inúmeros movimentos sequer levaram em consideração a perspectiva da mulher negra:

E este trabalho, como uma reflexão sobre uma das contradições internas do feminismo latino-americano, tenta ser, com suas limitações evidentes, uma contribuição modesta para seu avanço (afinal, sou feminista). Destacando a ênfase colocada na dimensão

⁶ Gonzalez foi uma das principais ativistas negras no Brasil à sua época, lutava contra o racismo enquanto liderava o grupo denominado de “Movimento Negro Unificado Contra a Discriminação Racial” que chegou a contar com mais de mil negros no ano de 1978.

racial (quando se trata da percepção e da compreensão da situação das mulheres no continente), tentarei mostrar que, dentro do movimento de mulheres, as negras e indígenas são o testemunho vivo dessa exclusão. Por outro lado, com base em minhas experiências como mulher negra, tentarei destacar as iniciativas de aproximação, solidariedade e respeito à diferença por camaradas brancas efetivamente comprometidas com a causa feminista. A essas mulheres-exceções eu chamo de irmãs (Gonzalez, 2020, p. 126).

Nesse diapasão, o assunto da violência doméstica contra a mulher negra é negligenciado, haja vista que, não raras vezes, há lutas de gênero que se distanciam da problemática racial.

Gonzalez (2020) expõe que o racismo e o sexismo advêm de distinções biológicas a fim de se firmarem como ideologias de dominação. Logo, aproxima a causa feminista da temática racial, sendo um importante expoente no estudo da violência doméstica negra.

Pode-se afirmar que mulheres negras são classificadas e definidas como figuras infantilizadas, não obstante, ocupam um lugar inferior em relação à hierarquia, portanto, sequer são donas de sua própria história, esse fato decorre do sistema patriarcal-racista (Gonzalez, 2020).

Ainda, pode-se dizer que: “Falar de opressão à mulher latino-americana é falar de uma generalidade que esconde, enfatiza, que tira de cena a dura realidade vivida por milhões de mulheres que pagam um preço muito alto por não serem brancas” (Gonzalez, 2020, p. 129). Portanto, há que se considerar a necessidade da intersecção das violências de gênero e raça que, repetidamente, assolam a realidade de diversas mulheres Brasileiras, visto que sobre elas recaem as consequências pela ausência de debates, lutas e estudos, logo, deve-se falar da opressão afro-latino-americana.

Ao contrário do que propaga o mito da democracia racial, não existe harmonia racial nem sequer suposta igualdade perante a lei, o que existe é uma relação de dominação na qual o negro sabe não poder ultrapassar determinados limites impostos pela estrutura dominante (Gonzalez, 2020).⁷

Quanto à maneira que a mulher negra é vista, pode-se dizer:

Um ditado “popular” Brasileiro resume essa situação, afirmando: “Branca para casar, mulata para fornicar, negra para trabalhar”. Atribuir às mulheres amefricanas (pardas e mulatas) tais papéis é abolir sua humanidade, e seus corpos são vistos como corpos animalizados: de certa forma, são “burros de carga” do sexo (dos quais as mulatas Brasileiras são um modelo) (Gonzalez, 2020, p. 135).

⁷ Gonzalez entende quanto à questão racial que a mulher nasce preta, mulata, parda, marrom, roxinha, etc. No entanto, tornar-se negra é uma conquista, fazendo-se um paralelo com o entendimento de Simone Beauvoir que, acredita que não se nasce mulher, mas se torna.

Logo, a partir da fala exposta, é perceptível que as mulheres negras ocupam um lugar de inferioridade e desvalorização frente à sociedade, inclusive em cenários de constituição de família. Ademais, nem sempre são vistas com a humanidade que lhes é garantida na legislação, ao menos em seu sentido formal.

Com relação ao racismo e o sexismo, pode-se concluir:

O lugar em que nos situamos determinará nossa interpretação sobre o duplo fenômeno do racismo e do sexismo. Para nós o racismo se constitui como a sintomática que caracteriza neurose cultural Brasileira. Nesse sentido, veremos que sua articulação com o sexismo produz efeitos violentos sobre a mulher negra em particular (Gonzalez, 2020, p. 67-68).

Nota-se, então, que estão entrelaçados os fenômenos sociais do racismo e do sexismo, nesse diapasão, não é adequado se falar em violência doméstica sem se apreciar a questão racial. Trata-se de uma forma de trazer invisibilidade às mulheres negras e às suas opressões diárias, conforme se extrai do entendimento de Gonzalez⁸, haja vista os efeitos violentos do racismo e do sexismo que incidem sobre a mulher negra em particular.

Não obstante, ocupando espaço de mulher e negra, são desiguais em duas esferas da sociedade Brasileira, além disso, enquanto trabalhadoras, suas funções não se distanciam do Brasil Colonial, haja vista que desempenham funções modernizadas de escravas. Na figura de mães e esposas lutam pela subsistência familiar pelo fato de que seus parceiros, repetidas vezes, são mortos, estão presos ou são vítimas do alcoolismo e da violência policial (Gonzales, 2020). Vê-se que, em diferentes contextos, as mulheres negras são sobrecarregadas e hierarquicamente inferiores em razão de seu gênero e raça.

Ainda se extrai quanto à temática da dominação:

Em consequência, a opressão racial e a exploração de classe ficam devidamente *esquecidas* nos porões de uma sociedade cujos sistemas de classificação social e econômico fazem da mulher negra o foco, por excelência, de sua perversão. *Esquecer* isso é negar toda uma história feita de resistências e de lutas, em que essa mulher tem sido protagonista graças à dinâmica de uma memória cultural ancestral (que nada tem a ver com o eurocentrismo desse tipo de feminismo). *Esquecer* isso significa não querer ver todo um processo de expropriação socioeconômica e de apropriação cultural que as classes dominantes *brancas* têm exercido contra mulheres e homens negros deste país (Gonzalez, 2020, p. 249).

⁸ Gonzalez é considerada uma das primeiras e poucas negras a se tornar professora universitária no País. Outrossim, durante sua infância, descreve que era limitada e distinta a quantidade e o tratamento de alunos negros a ocuparem a cadeira escolar, o que a levou a rejeitar sua cor e origem, acreditando ter algo de errado com si mesma.

Logo, o feminismo sexista evidencia padrões intoleráveis para a luta feminista-negra, como por exemplo: a ideologia do embranquecimento que se encontra enraizada; a perpetuação do mito da democracia racial; o enaltecimento e identificação com o feminismo ocidental-branco; a ausência de conhecimento quanto às lutas da mulher negra em particular, dentre outros padrões tidos como inaceitáveis (Gonzalez, 2020).

Nesse diapasão, são perceptíveis os efeitos e consequências de uma luta de gênero que se afasta da questão racial, haja vista que se perpetuam padrões do patriarcalismo e do racismo desde o período colonial, nos termos do tópico posteriormente abordado.

No entendimento de Gonzalez (2020), existe a responsabilidade acerca da organização do movimento feminista-negro, bem como do destino que se visa lhe dar, haja vista que ao se comprometer com um propósito de transformação social, não há a possibilidade de se concordar com posturas de exclusão que, só consideram a realidade vivida por parte das mulheres.

Não obstante, quanto ao fenômeno do sexismo e do racismo, sob a perspectiva de Gonzalez, ainda é possível extrair que:

Ao reivindicar nossa diferença enquanto mulheres negras, enquanto *amefricanas*, sabemos bem o quanto trazemos em nós as marcas de exploração econômica e de subordinação racial e sexual. Por isso mesmo, trazemos conosco a marca da libertação de todos e de todas (Gonzalez, 2020, p. 250).

Por fim, deve-se expor que, nos termos de Gonzalez (2020) a ausência de liame entre cor e raça favorece a neutralização da problemática da discriminação gênero-racial.

4 BRASIL COLONIAL E A VIOLÊNCIA DE GÊNERO E COR

Segundo Mbembe (2018), ser soberano nada mais é que exercer controle sobre a mortalidade, não obstante, é poder definir a vida, logo, trata-se de implantação e manifestação de poder. Nesse diapasão, torna-se inviável afastar as ideias do poder e soberania dos acontecimentos do Brasil Colonial, nos termos da intersecção da violência gênero-cor.

Permanecendo-se nos termos de Mbembe (2018, p. 10-11):

Minha preocupação é com aquelas formas de soberania cujo projeto central não é a luta pela autonomia, mas a “instrumentalização generalizada da existência humana e a destruição material de corpos humanos e populações”. Tais formas da soberania estão longe de ser um pedaço de insanidade prodigiosa ou uma expressão de alguma ruptura entre os impulsos e interesses do corpo e da mente.

Logo, é possível concluir que a soberania exercida no Brasil Colonial não se tratava de

uma luta pela autonomia, mas sim, de uma destruição material de populações, principalmente de mulheres e negros, tornando-se indispensável a exposição das raízes da problemática, vide:

Desenvolvem Amoras, Costa e Araújo (2021, p. 5):

No que se refere às condições de escravizados no período colonial, mulheres negras eram alvo de requintes cruéis, a saber: jornadas excessivas de trabalho, objetificação, recorrentes violações dos seus corpos, impedimento da maternidade, dos afetos, da religiosidade.

Portanto, indubitavelmente as violações contra a mulher negra não têm origem na contemporaneidade, mas sim nas incontáveis ofensas cometidas desde que o Estado Brasileiro era apenas uma colônia.

Ademais, é possível afirmar que, em sede de Brasil Colônia, mulheres negras tiveram suas próprias maternidades aniquiladas, além de ter que lidar com inúmeras outras formas de violência, como por exemplo: a comercialização de seus parceiros e a negação de se casarem, exceto em casos em que os senhores de engenho e suas famílias fossem favorecidos (Amoras; Costa; Araújo, 2021).

A fim de se demonstrar outras maneiras de dominação, soberania e poder da sociedade senhorial sobre mulheres e negros, é imprescindível citar, nos termos de Amoras, Costa e Araújo (2021, p. 14):

[...] mesmo após a abolição dos regimes escravagistas e perda maciça de mão de obra escravizada, a sociedade senhorial da época e os regimentos do período procuraram outras formas de dominação e espoliação, perfazendo, portanto, uma forma de recuperar a força de trabalho alforriada.

A formação sócio-histórica Brasileira, constituída sob um regime escravagista-patriarcal, refletiu e continua a refletir de forma expressiva sobre as mulheres negras e indígenas (limita-se a presente pesquisa às negras), desse modo, a cor e o gênero são essenciais ao capitalismo, isso porque mulheres negras foram violentadas no período colonial em razão da economia, através do trabalho forçado. Por fim, cumpre salientar que o racismo e o patriarcalismo serviram e servem como formas de soberania, poder e dominação (Cisne, Ianael, 2022).

Verifica-se, então, a partir do entendimento das autoras, o entrelace da temática social da violência contra a mulher negra no Brasil Colônia com aspectos econômicos. Afirma-se, então, que a questão sócio-econômica se relaciona com a hierarquia e dominação cometidas pelos senhores de engenho.

Quanto à violência de cor ou raça, deve-se expor:

[...] tal poder se define em relação a um campo biológico - do qual toma o controle e no qual se inscreve. Esse controle pressupõe a distribuição da espécie humana em grupos, a subdivisão da população em subgrupos e o estabelecimento de uma censura biológica entre uns e outros. Isso é o que Foucault rotula com o termo (aparente familiar) “racismo” (Mbembe, 2018, p. 17).

Portanto, entende-se que o racismo é uma das maneiras de o poder e a dominação se revelarem sobre determinadas pessoas por meio de atos desumanos, logo, fenômeno político e social presente na era colonial Brasileira.

É cabível mencionar que a soberania é definida pelo desejo, bem como pela capacidade de ceifar vidas a fim de viver (Mbembe, 2018). Nesse sentido, fatos que ocorrem desde os primórdios, haja vista que inúmeras violações ocorreram contra mulheres e negros, outrossim, violência de gênero e cor.

O autor Mbembe (2018, p. 27), não negligenciou em seus escritos a figura dos escravizados, veja:

Em primeiro lugar, no contexto da *plantation*, a humanidade do escravo aparece como uma sombra personificada. De fato, a condição de escravo resulta de uma tripla perda: perda de um “lar”, perda de direitos sobre seu corpo e perda de estatuto político. Essa tripla perda equivale a uma dominação absoluta, uma alienação de nascença e uma morte social (que é expulsão fora da humanidade).

Dito isso, é perceptível que as atrocidades recaídas sobre os escravos no Brasil Colonial, lhes tirou a classificação de sujeitos e impôs sua *coisificação* e objetificação. Ademais, a partir dessa sombra personificada, vê-se que o escravo é mantido vivo, todavia, em razão de sua força de trabalho no denominado “estado de injúria” a partir de atos de crueldade e violência (Mbembe, 2018).

Nos termos da exposição acima, conclui-se que “a vida do escravo, em muitos aspectos, é uma forma de morte-em-vida” (Mbembe, 2018, p. 29). Isso sem mencionar os não-raros casos em que a vida de mulheres e negros escravizados foram ceifadas, tornando-se apenas instrumentos de produção.

Ainda em relação ao gênero, mulheres negras foram protagonistas no ativismo a fim de manterem seus corpos vivos, bem como de seus filhos e seus territórios (Amoras; Costa, Araújo, 2021). Logo, trata-se de um cenário de séculos de luta e resistência.

Sob o olhar de Davis (2018, p. 99):

aparentes. E nos impelem a explorar as contradições e descobrir o que há de produtivo nelas. O feminismo insiste em métodos de pensamento e de ação que nos encorajam a uma reflexão que une coisas que parecem ser separadas e que desagrega coisas que parecem estar naturalmente unidas.

Dessa maneira, há se levar em consideração, além da violência de gênero e cor, o anticolonialismo, haja vista que são coisas naturalmente unidas pelo liame da violência contra as mulheres, exclusivamente as negras.

Continua-se que a exaltação à família e ao gênero masculino parte de uma perspectiva colonial, não obstante, relacionando-se às mulheres brancas. Afirma-se, ainda, que o estupro colonial e outras violações contra os corpos de mulheres negras que são a base da família colonial e moderna são indiferentes e invisibilizadas pela doutrina e jurisprudência clássicas ao codificar leis cuja finalidade é evitar e reprimir a violência doméstica (Campos; Castilho, 2020).

Permanecendo-se nos termos de Campos e Castilho (2020), No Código Criminal do Império, em 1830, ao dispor sobre o estupro, falava-se em violentar “mulher honesta”, logo, sequer se consideravam mulheres negras, devido ao fato de serem propriedades de seus senhores. Portanto, negras eram objetificadas e obrigadas a prestarem serviços sexuais aos senhorios, podendo sofrer qualquer tipo de violência. Desamparadas, então, pela legislação pátria.

Verifica-se, então, conforme demonstrado no primeiro tópico, que os Códex Brasileiros têm evoluído e avançado a fim de trazer dignidade às mulheres Brasileiras. No entanto, nem sempre isso ocorreu, em razão de que inúmeras vezes mulheres negras foram *animalizadas*, esquecidas e invisibilizadas não só pelo feminismo, mas também pela legislação.

Conforme Santos (2020), ainda que o período colonial tenha sido finalizado em termos históricos, jurídicos e políticos, o mundo não foi na prática descolonizado, haja vista que existem ainda aspectos de hierarquia racial, étnica, de gênero e, não obstante, a hierarquia sexual. Logo, nos termos da autora, as desigualdades continuam presentes e persistentes na sociedade atual, devendo-se existir uma sequência de atos a fim de que sejam desfeitas essas formas de poder, soberania e hierarquia.

Em continuidade, segundo Costa e Magno (2020, p. 540):

A colonialidade em suas diversas dimensões (do poder, do saber e do ser) hierarquizou corpos, saberes e vivências subalternizado todas as culturas e todos os outros modos de fazer e de ser diferentes os padrões estabelecidos pelo homem branco europeu, aquele que fora considerado o ponto zero.

Logo, consoante com o demonstrado, mulheres negras foram e continuam a ser

inferiorizadas, inclusive em razão do período colonial Brasileiro que, realizou o exercício da hierarquização de indivíduos, colocando-se o homem branco como um modelo. Portanto, padrão sexista e racista a ser seguido.

Torna-se válido enfatizar os comentários de Carneiro (2003, p. 49) quanto à formação social Brasileira a partir da perspectiva colonial:

[...] a violência sexual, colonial é, também, o cimento” de todas as hierarquias de gênero e raça presentes em nossas sociedades, configurando aquilo que Ângela Gillam define como “a grande teoria do esperma em nossa formação nacional”, através da qual, segundo Gilliam: O papel da mulher negra é negado na formação cultural nacional; a desigualdade entre homens e mulheres é erotizada; a violência sexual contra mulheres negras foi convertida em um romance.

Nesse diapasão, são inúmeras violações ocorridas contra as mulheres não brancas, desde a violação sexual até a psicológica, patrimonial e moral, aquela, por sua vez, acaba por constituir o mito da democracia racial que, na realidade advém do estupro colonial, hodiernamente romantizado pela sociedade Brasileira.

Para Mbembe (2018), a soberania se trata da capacidade de definir quais são as pessoas descartáveis e quais não são. Portanto, levando-se em consideração o âmbito colonial, a população escrava foi indubitavelmente descartada, desumanizada e *coisificada*. Tratando-se de uma negação de cidadania e direitos.

Segundo Santos e Sales (2018, p. 3), acerca do papel da mulher negra no Brasil Colônia, afirma-se:

Escravas com funções definidas: ama de leite, mucama e doméstica. É preciso mensurar a questão da continuidade da reprodução destes papéis que acompanharam as mudanças nas estruturas sociais, do sistema colonial para o sistema capitalista, bem como a manutenção da herança cultural do “devido lugar” ocupado pela mulher negra.

Conclui-se, então, que fatores de violência doméstica contra a mulher negra Brasileira não têm suas raízes na atualidade e, sim, em um passado de pouco mais de trezentos anos, outrossim, em um Brasil Colonial que traz consigo as violências de cor e gênero. Não há que se desprezar a história Brasileira, haja vista que se trata de um aspecto estruturante nos resultados das agressões e feminicídios contra as mulheres negras na atualidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da presente pesquisa, a partir dos conceitos e dados trazidos, foi possível

visualizar de forma detalhada e aprofundada aspectos da incidência da violência doméstica e familiar para com as pessoas do sexo feminino, mas especificamente, sobre a vida de mulheres negras. Nesse contexto, desde as diferenças sociais até as estatísticas na maneira como as ações se refletem em suas vivências.

Continua-se, que se tornaram claros os fatores de vulnerabilidade e desamparo enfrentados pelas mulheres não-brancas no aspecto Brasileiro, haja vista que, ainda que exista o auxílio normativo, comportamentos de dominação, realizados em sua maioria esmagadora por homens, são indiscutivelmente presentes na formação estrutural do País, considerando-se os fenômenos do patriarcado e do racismo.

Não obstante, no decorrer do estudo, demonstrou-se necessária a exposição de ideias de especialistas do feminismo negro, como as da autora Lélia Gonzalez, devido a sua percepção e bagagem quanto ao tema discutido. Além disso, com a abordagem de temas como o estupro colonial, o mito da democracia racial e aspectos escravagistas, restou-se clara a origem e a forma como se consolidaram as problemáticas do sexismo e racismo no território Brasileiro.

Pode-se dizer que, os objetivos da pesquisa foram atingidos com sucesso, pois com a exploração de dados, foi possível se extrair que, existe sim, distinções nas formas em que a violência doméstica incide contra mulheres negras e brancas, fator este que se comprova principalmente com as taxas de violações apresentadas ao longo da pesquisa. Logo, comprova-se que a violência doméstica contra mulheres negras ocorre devido a duas motivações: cor e gênero.

Entendo que, hodiernamente, mulheres negras ainda têm suas vozes silenciadas e são invisíveis aos olhos do movimento feminista contemporâneo. Assim, não há inclusão de todas as mulheres, tornando-se necessária a abordagem da temática a fim de se englobar e fazer garantir os direitos que são inerentes a todas, independente de cor ou origem. Ademais, ainda que presentes tratados internacionais, leis e campanhas de conscientização contra a violência doméstica, ainda existem lacunas que impedem a concretização do direito da mulher viver uma vida sem violência, isso porque ainda ecoa na mentalidade de agressores a ideia da soberania e dominação cultivada ao longo dos séculos, desse modo, torna-se necessária a desconstrução dessa ideia e, não criação de novos tipos legais enfatizando apenas a repreensão, mas sim, métodos de prevenção.

Conclui-se que há a necessidade de se realizar novas pesquisas quanto ao tema, considerando-se sua vastidão. Além disso, mostrou-se nítida a relevância da temática a fim de se fazer ouvir as mulheres negras.

REFERÊNCIAS

AMORAS, M.; COSTA, S. M. G.; ARAÚJO, L. M. O ativismo das mulheres negras escravizadas no Brasil colonial e pós-colonial, no contexto da América Latina. **Revista Brasileira de estudos urbanos e regionais. Dossiê Território, Gênero e Interseccionalidades**. v. 23, p. e202128, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbeur/a/fCbpyXCkGTFgKnjJgwnfwdN/?format=pdf>. Acesso em: 29 ago. 2023.

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/07/10-anuario-2022-feminicidios-caem-mas-outras-formas-de-violencia-contra-meninas-e-mulheres-crescem-em-2021.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 mar. 2023.

BRASIL. Ipea- Atlas da Violência V.2.7. **Homicídios Mulheres Não Negras**. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/dados-series/143>. Acesso em: 27 mar. 2023.

BRASIL. Ipea-Atlas da Violência V.2.7. **Homicídios Mulheres Negras**. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/dados-series/142>. Acesso em: 27 mar. 2023.

BRASIL. **Lei 11.340/06 de 07 de agosto de 2006** - Lei Maria da Penha. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 23 mar. 2023.

BRASIL. **Mapa da Violência de Gênero: Mulheres são quase 67% das vítimas de agressão física no Brasil**. Disponível em: <https://www.generonumero.media/reportagens/mapa-da-violencia-de-genero-mulheres-sao-quase-67-das-vitimas-de-agressao-fisica-no-Brasil/>. Acesso em: 15 out. 2023.

BRASIL. MAPA DA VIOLÊNCIA. **Mapa da Violência de Gênero**. Disponível em: <https://mapadaviolenciadegenero.com.br/>. Acesso em: 15 out. 2023

BRASIL. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios Contínua: PNAD Contínua**. Rio de Janeiro: IBGE, 2022. Características gerais dos moradores 2020-2021. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2022/07/populacao-ibge-2021-22jul2022.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2023.

CARNEIRO, S. **Enegrecer o Feminismo: A situação da mulher negra na América Latina a partir de uma perspectiva de gênero**. In Racismos contemporâneos. Rio de Janeiro: Takano, 2003.

CISNE, M.; IANAEL, F. Vozes de resistência no Brasil colonial: o protagonismo de mulheres negras. **Revista Katálisis**, v. 25, p. 191-201, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rk/a/nNM94v6fvD9nJSydrQqCJvMk/?format=pdf&lang=pt>. Acesso

em: 29 ago. 2023.

DAHLBERG, L. L.; KRUG, E. G. Violência: um problema global de saúde pública. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 11, p. 1163–1178, 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/jGnr6ZsLtwkhvdkrdfhpcdw/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 24. mar. 2023.

DAVIS, A. **A liberdade é uma luta constante**. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 99.

GONZALEZ, L. **Por um Feminismo Afro-Latino-Americano**: Ensaios, intervenções e diálogos. Rio de Janeiro: Zahar, 2020. p. 1-362.

GONZALES, L. **Dados Biográficos**. Disponível em: <http://www.letras.ufmg.br/literafro/ensaistas/1204-lelia-gonzalez>. Acesso em: 8 mai. 2023.

GOV.BR. **Brasil tem mais de 31 mil denúncias de violência doméstica ou familiar contra as mulheres até julho de 2022**. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2022/eleicoes-2022-periodo-eleitoral/Brasil-tem-mais-de-31-mil-denuncias-violencia-contra-as-mulheres-no-contexto-de-violencia-domestica-ou-familiar>. Acesso em: 26 mar. 2023.

MBEMBE, A. **Necropolítica**. 3. ed. São Paulo: n-1 edições, 2018.

SANTOS, G. G. P.; SALES, S. R. A Mulher Negra Brasileira, Miscigenação e o Estupro Colonial: O mito da democracia racial e o reforço de estereótipos racistas e sexistas. **Caderno Espaço Feminino**, v. 31, n. 1, 2018. DOI: 10.14393/CEF-v31n1-2018-3. Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/neguem/article/view/41554>. Acesso em: 18 set. 2023.

SEVERI, F. Cr.; CASTILHO, E. W. V. D; MATOS, M. C. D. **Tecendo fios das Críticas Feministas ao Direito no Brasil II**: direitos humanos das mulheres e violências: volume 1, os nós de ontem: textos produzidos entre os anos de 1980 e 2000. 1. ed. Ribeirão Preto: FDRP/USP, 2020. p. 1-354.

SEVERI, F. Cr.; CASTILHO, E. W. V. D; MATOS, M. C. D. **Tecendo fios das Críticas Feministas ao Direito no Brasil II**: direitos humanos das mulheres e violências: volume 2, novos olhares, outras questões. 1. ed. Ribeirão Preto: FDRP/USP, 2020. p. 1-570.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA SOB A ÓTICA DA LEI Nº 14.230/2021: PERSPECTIVAS SOBRE A EFETIVIDADE DO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO

PEREIRA, Wander de Bortoli¹

MARTINI, Sandra Márcia Ventrescke²

ISSUE DOI: 10.3738/1982.2278.4238

RESUMO: A Lei de Improbidade Administrativa nº 8429/1992 surgiu para combater a corrupção e defender a moralidade da administração pública e o patrimônio público. Porém, recentemente foi atualizada para corrigir algumas distorções no combate à corrupção. Compreender a efetividade do ressarcimento ao erário é fundamental para avaliar sua eficácia e aprimorar sua aplicação. Justifica-se discutir a efetividade do ressarcimento ao erário, após as mudanças advindas pela Lei nº 14.230/2021, por ser um assunto de grande relevância social e estar diretamente relacionado com a qualidade da gestão pública e da erradicação da corrupção. Este trabalho objetivou analisar a efetividade do ressarcimento ao erário público após as alterações introduzidas pela Lei nº 14.230/21, buscando identificar o impacto da nova legislação sobre a recuperação dos valores desviados e a responsabilização dos agentes ímprobos. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica crítica, fazendo o uso de doutrinas, jurisprudências, dados estatísticos e julgados do STF e STJ na área de pesquisa. Foram apontadas as principais modificações legislativas dos artigos 9º, 10 e 11 advindas da Lei 14.230/2021, as jurisprudências do STF e STJ relacionadas ao tema e a efetividade do ressarcimento ao erário de acordo com o CNJ. Por tratar-se de uma alteração legislativa recente, foram levantados elementos capazes de subsidiar as tendências de julgados que usaram como base a aplicação da nova lei. Ao final, pôde-se depreender que a quantidade de julgados ainda é insuficiente para uma análise quantitativa e qualitativa da real efetividade do ressarcimento ao erário.

Palavras-chave: Patrimônio Público. Combate à Corrupção. Recuperação de Valores Desviados. Gestão Pública.

ADMINISTRATIVE IMPROBITY UNDER THE PERSPECTIVE OF LAW NO. 14,230/2021: PERSPECTIVES ON THE EFFECTIVENESS OF PUBLIC FUNDS REIMBURSEMENT

SUMMARY: The Administrative Improbity Law No. 8429/1992 was created to combat corruption and defend the morality of public administration and public assets. However, it was recently updated to correct some distortions in the fight against corruption. Understanding the effectiveness of reimbursement to the treasury is essential to evaluate its effectiveness and improve its application. It is justified to discuss the effectiveness of reimbursement to the public treasury, after the changes brought about by Law No. 14,230/2021, as it is a subject of great social relevance and is directly related to the quality of public management and the eradication of corruption. This work aimed to analyze the effectiveness of reimbursement to the public treasury after the changes introduced by Law No. 14,230/21, seeking to identify the impact of the new legislation on the recovery of misappropriated amounts and the accountability of dishonorable agents. The methodology used was critical bibliographic review, making use of doctrines, jurisprudence, statistical data and judgments from the STF and STJ in the research area. They were pointed out the main legislative changes to articles 9, 10 and 11 resulting from Law 14,230/2021, the jurisprudence of the STF and STJ related to the topic and the effectiveness of reimbursement to the treasury in accordance with the CNJ. As this is a change recent legislation, were raised elements capable of supporting the trends of judgments that used the application of the new law as a basis. In the end, it was possible to infer that the number of judgments is still insufficient for a quantitative and qualitative analysis of the real effectiveness of reimbursement to the public treasury.

Keywords: Public Assets. Combating Corruption. Recovery of Misappropriated Amounts. Public Management.

¹ Pós doutor em direito pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU/MG. Docente na Faculdade Dr. Francisco Maeda – FAFRAM/SP desde 2016. Cirurgião dentista. Perito criminal

² Bacharel em direito Faculdade Dr. Francisco Maeda – FAFRAM/SP.

1 INTRODUÇÃO

A administração pública direta e indireta deve obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Sendo assim, é esperado que os agentes públicos, no exercício de suas funções, e os particulares, ajam com honestidade e moralidade, não praticando atos ímprobos na busca de tirar vantagens para si ou para outrem e prejudicando o interesse da coletividade.

Neste contexto, surge a Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429/1992 (LIA) para combater a corrupção e defender a moralidade da administração pública e o patrimônio público.

Com o passar dos anos a experiência concreta da utilização da Lei de Improbidade Administrativa mostrou que havia a necessidade de sua atualização para corrigir algumas distorções no combate à corrupção. A Lei nº 14.230/2021 surge com o objetivo de incorporar à LIA as interpretações vindas dos tribunais, compatibilizar seu texto com o Código de Processo Civil (CPC), com a Lei Anticorrupção e com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e de suprir as omissões e excessos da lei anterior, buscando combater a corrupção não só nos órgãos e nos poderes públicos como também em entes privados que se beneficiam do Estado.

Um ponto crucial tratado pela Lei de Improbidade Administrativa é o ressarcimento ao erário público, que é uma das principais sanções previstas neste instrumento normativo. O ressarcimento ao erário se refere a capacidade de recuperar os valores que foram indevidamente retirados dos cofres públicos e garantir que os agentes ímprobos sejam responsabilizados financeiramente pelos atos ilícitos praticados por eles.

Compreender a efetividade do ressarcimento ao erário é fundamental para avaliar a eficácia do combate à corrupção no Brasil e para propor medidas que possam aprimorar a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa.

A recuperação dos valores desviados dos cofres públicos não deve ser vista como uma penalidade apenas, mas sim como reparação do dano causado ao erário, devendo servir também como um importante instrumento de prevenção, desestimulando a prática de atos de improbidade.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça trata o ressarcimento do erário como sendo uma obrigação imprescritível e que deve ser ressarcido de modo integral, independentemente de qualquer tipo de acordo, como por exemplo a colaboração premiada.

Devido às incertezas que as modificações da Lei de Improbidade Administrativa trouxeram sobre sua efetividade, principalmente no que condiz ao ressarcimento do erário, justifica-se discutir a efetividade do ressarcimento ao erário, com as mudanças advindas pela Lei nº 14.230/2021, por ser um assunto de grande relevância social e estar diretamente relacionado com a qualidade da gestão pública e da erradicação da corrupção.

Nesse sentido, o presente trabalho objetivou analisar a efetividade do ressarcimento ao erário público após as alterações introduzidas pela Lei nº 14.230/21, buscando identificar o impacto da nova legislação sobre a recuperação dos valores desviados e a responsabilização dos agentes ímprobos.

A metodologia utilizada foi a revisão de literatura crítica, fazendo o uso de doutrinas, jurisprudências, dados estatísticos do CNJ e julgados do STF e STJ na área de pesquisa.

2 ASPECTOS PRINCIPAIS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei de Improbidade Administrativa tem seu fundamento na Constituição Federal, onde o artigo 37, §4º determina que a lei irá sancionar os atos de improbidade (Carvalho, 2024).

Por sua vez, os elementos constitutivos dos atos de improbidade administrativa praticados por agentes públicos são detalhados na Lei nº 8.429/92, que tem sua estrutura composta por sujeito passivo, sujeito ativo, tipologia da improbidade, sanções e procedimentos (Carvalho, 2024).

No entanto, de acordo com Carvalho (2024), é fundamental ressaltar que a improbidade não deve ser confundida com imoralidade, pois, o agente ímprobo sempre será um violador da moralidade, mas não é todo ato de improbidade que viola o princípio da moralidade.

Em suma, a Lei de Improbidade Administrativa, com seus fundamentos na Constituição Federal e suas disposições especificadas na Lei nº 8.429/92, constitui um instrumento fundamental para a proteção do patrimônio público e a garantia da ética na gestão pública. Sendo que a distinção entre improbidade e imoralidade, embora sutil, é essencial para a correta aplicação da lei e para a responsabilização dos agentes que praticam atos ímprobos.

Mazza (2023) esclarece que a Lei nº 8.429/92 se aplica a qualquer pessoa que exerce mandato, cargo, emprego ou função referida no artigo 1º desta lei, ainda que de forma transitória ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo.

Em outras palavras, a lei abrange todos aqueles que, de certa forma, prestam serviços ao Estado.

Além disso, Mazza (2023) destaca que os agentes públicos que, no exercício de sua função, praticarem condutas que causem prejuízo patrimonial, conduta tipificada como crime ou ação de natureza funcional, podem ser responsabilizados também na esfera civil, penal e administrativa.

No entanto, com as alterações realizadas pela Lei 14.230/2021 os atos de improbidade administrativa foram limitados a presença do dolo específico, tornando difícil a comprovação da prática e aumentando os riscos de impunidade, pois, o agente poderá alegar sua incompetência técnica ou falta de zelo como ensejador do dano, afastando a possibilidade de punição (Carvalho, 2024).

É importante ressaltar que, independente do resultado nos processos civil, penal e administrativo, o agente público pode responder um processo judicial autônomo decorrente da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, por condutas praticadas no exercício de suas funções (Mazza, 2023).

Sendo assim, podemos dizer que a responsabilidade do agente público por atos de improbidade é complexa, exigindo a presença de dolo específico e podendo ensejar aplicação de sanções em múltiplas esferas, o que demonstra a relevância da Lei nº 8.429/92 para a manutenção da probidade administrativa.

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) define os sujeitos envolvidos nos atos de improbidade, ou seja, aqueles que praticam e aqueles que são atingidos por essas condutas.

O sujeito passivo é a vítima, ou seja, a entidade que foi prejudicada pelo ato de improbidade administrativa e que se encontra especificada no artigo 1º da Lei nº 8.429/92. São elas a administração pública direta e indireta, entidades privadas que recebem subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, provenientes de entes públicos ou governamentais e entidades privadas cuja criação ou custeio do erário haja concorrido ou concorra no seu patrimônio ou receita anual, limitando o ressarcimento de prejuízos (Mazza, 2023).

O sujeito ativo do ato de improbidade pode ser qualquer agente público, servidor ou não, que pratique atos de improbidade administrativa contra a administração direta, indireta, fundacional ou autárquica de qualquer dos poderes da União, Estados ou Municípios e de empresas incorporadas ao patrimônio público. Observando, também, que conforme o artigo 2º da referida lei, quem pratica ato em nome da Administração Pública, ainda que

temporariamente e sem remuneração pode cometer ato de improbidade administrativa (Carvalho, 2024).

De acordo com Mazza (2023), os particulares também estão sujeitos às penalidades da Lei de Improbidade Administrativa desde que induzam à prática do ato, concorram para sua realização, sucedam o infrator ou se beneficiem do ato de improbidade. Porém o particular que agir sozinho, sem a conduta ímproba do agente público, não será submetido às penalidades da Lei de Improbidade Administrativa.

Com as alterações sofridas pela Lei 14.230/2021 a pessoa jurídica que atue em razão de convênio ou contratos de repasse ou acordo equivalente, ao lado do Estado, no exercício de funções públicas, também pode praticar atos de improbidade administrativa. Porém seu dirigente ou administrador somente figurará no polo passivo da ação de improbidade se ficar demonstrado que participou ou se beneficiou diretamente da prática do ato e responderá no limite da sua culpabilidade e do seu benefício (Carvalho, 2024).

Sendo assim, a Lei nº 8.429/92 é aplicável a todas as categorias de agentes públicos e a não agentes que induzam, concorram ou se beneficiem dos atos de improbidade ou que sejam sucessores de quem praticou o ato punível (Mazza, 2023).

Em resumo, a Lei de Improbidade Administrativa possui um amplo alcance, abrangendo tanto agentes públicos como os particulares. A identificação precisa dos sujeitos ativo e passivo é essencial para a aplicação correta das sanções previstas em lei, garantindo a responsabilização dos envolvidos em atos de improbidade.

Após identificar os sujeitos passivo e ativo do ato de improbidade, Mazza (2023), cita as espécies de atos que caracterizam a improbidade administrativa na Lei nº 8.429/92 e que estão descritas nos seus artigos 9º, 10 e 11. São elas:

a) atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º): são as condutas mais graves e com sanções mais rigorosas, que causam prejuízos aos cofres públicos e o acréscimo indevido ao patrimônio do sujeito ativo.

b) atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário (art. 10): são condutas de gravidade intermediária e que não gera enriquecimento do agente público, mas causam lesão financeira aos cofres públicos.

c) atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11): são atos de menor gravidade e que não desencadeiam prejuízo financeiro ao erário e nem acréscimo patrimonial do agente.

É importante salientar que para se caracterizar ato de improbidade não é necessário que ocorra lesão financeira ao erário, embora “improbidade” seja quase um sinônimo de “desvio de verbas públicas”, pois, o artigo 11 desta lei permite concluir que pode haver improbidade administrativa ao descumprir um princípio administrativo sem que obrigatoriamente cause prejuízo financeiro aos cofres públicos (Mazza, 2023).

A tipificação dos atos de improbidade é complexa e apresenta grande relevância para que as sanções sejam aplicadas da maneira correta. Para isso é necessária uma análise cuidadosa do caso concreto, considerando as peculiaridades de cada situação.

As penalidades previstas nesta lei alcançam os atos praticados com recursos de origem pública por particular, pessoa física ou jurídica, que celebram com administração pública convênio, contrato de repasse, contrato de gestão, termo de parceria, termo de cooperação ou ajuste administrativo equivalente (Mazza, 2023).

De acordo com Carvalho (2024) o Superior Tribunal de Justiça entende que as penalidades devem ser aplicadas de acordo com a gravidade do caso e suas consequências, cabendo ao juiz da causa definir as sanções de acordo com o caso concreto, de forma isolada ou cumulativa, conforme a gravidade do ato que foi praticado.

Deste modo, Carvalho (2024), elenca as penas de acordo com a gravidade dos atos cometidos:

a) atos que geram enriquecimento ilícito: perda da função pública, perda dos bens adquiridos ilicitamente, multa até o valor do acréscimo patrimonial do agente, suspensão dos direitos políticos por até 14 anos e impossibilidade de contratar com o Poder Público e de receber benefícios fiscais até 14 anos.

b) atos que causam dano ao erário: perda da função pública, perda dos bens adquiridos ilicitamente, multa até o valor do dano causado, suspensão dos direitos políticos por até 12 anos e impossibilidade de contratar com o Poder Público e de receber benefícios fiscais até 12 anos.

c) atos que atentam contra princípios administrativos: multa de até 24 vezes a remuneração do servidor e impossibilidade de contratar com o Poder Público e de receber benefícios fiscais até 4 anos.

No caso de ser herdeiro ou sucessor de quem causou dano ao erário ou enriqueceu de forma ilícita, este terá a obrigação apenas de reparar o dano causado até o limite da herança ou do patrimônio transferido, conforme o artigo 8º da referida lei (Mazza, 2023).

Em resumo, as penalidades alcançam pessoas físicas e jurídicas e são determinadas pelo juiz, que as aplicam de acordo com a gravidade do ato praticado e de suas consequências, analisando caso a caso.

Em linhas gerais, as ações de improbidade administrativa deverão tramitar nos moldes do procedimento comum, previsto pelo Código de Processo Civil, somada às peculiaridades trazidas pelo texto do diploma de improbidade administrativa e sua petição inicial deverá conter todas as exigências do artigo 319, do CPC (Carvalho, 2024).

A competência para a propositura da ação de improbidade é do Ministério Público e da Pessoa Jurídica lesada. Conforme o artigo 17, §16, da Lei 8.429/92 a ação de improbidade administrativa pode ser transformada em ação civil pública quando o magistrado identificar a existência de ilegalidade ou irregularidade administrativas a serem sanadas sem que estejam presentes todos os requisitos para a imposição das sanções aos agentes incluídos no polo passivo da ação (Carvalho, 2024).

Em suma, a Lei de Improbidade Administrativa é um instrumento importante para garantir a ética e proteger o patrimônio público, estabelecendo rigorosas penalidades para pessoas físicas e jurídicas que cometam atos ímprobos. Porém, sua efetividade depende de vários fatores, como a atuação do Ministério Público e a conscientização da sociedade na importância do combate à corrupção. Deste modo, essa lei é essencial para defender os interesses públicos e o erário.

3 AS MODIFICAÇÕES ADVINDAS DA LEI 14.230/2021 NOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa tipifica os atos ilícitos cometidos pelo agente público para obter vantagens patrimoniais indevidas em razão do exercício de suas funções. A vantagem econômica indevida pode ser obtida tanto para si ou para outrem. Porém se a vantagem obtida for devida, não existe improbidade (Justen Filho, 2022).

De acordo com Carvalho (2024), este artigo trata dos atos de improbidade mais graves e que estão ligados diretamente ao conceito de corrupção e utilização indevida do cargo, deixando claro que a moralidade foi violada. No entanto o seu rol não é taxativo e pode ter situações, não previstas em seus incisos, que se enquadrem neste artigo.

As vantagens indevidas podem ter origem da transferência voluntária de um terceiro para o agente público ou ainda da apropriação de bem ou direito de titularidade pública pelo agente (Justen Filho, 2022).

Carvalho (2024, p. 43) descreve a conduta tipificada no artigo 9º como “a clássica ideia de pagamento de propina a agentes para que determinada conduta seja praticada da forma que melhor atenda a necessidade do particular”.

Embora nem sempre o enriquecimento ilícito resulte em dano ao erário, o artigo 9º também contempla a hipótese de lesão ao patrimônio público, como previsto no inciso III, demonstrando que a norma abrange tanto a obtenção de vantagens indevidas quanto a lesão ao interesse público (Justen Filho, 2022).

Filho (2022) aponta que a Lei 14.230/2021 fez algumas correções na redação do caput e dos incisos IV, VI e VII deste artigo, são elas:

a) alteração do caput: a infração que se trata o artigo 9º somente será configurada quando o agente público agir de modo consciente e intencional para a obtenção da vantagem indevida e a sua incorporação ao patrimônio próprio ou de terceiros, ou seja, agir com dolo. Em caso de benefícios legítimos, o ato de improbidade não se configura.

b) alteração no inciso IV: se trata da relação dos bens móveis, onde foi revogado o elenco exaustivo do texto anterior que poderia levar a interpretação que os bens não elencados não configurariam improbidade. O texto atual permite reconhecer como improbidade a exploração de qualquer bem móvel, de maneira indevida, em benefício do agente público.

c) alteração no inciso VI: se trata de um aperfeiçoamento da redação anterior que dizia “fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação...” que alterada para “fazer declaração falsa sobre qualquer dado técnico...”, compreendendo todas as questões técnicas que possam ser emitidas pelo agente público.

d) alteração do inciso VII: tem o objetivo de reprimir a obtenção de vantagem indevida. Fica configurado o ato de improbidade administrativa quando há um aumento aparente da riqueza do agente público quando não existem elementos objetivos que justifiquem essa situação. Fica a cargo do agente na hipótese acima, comprovar a origem regular da operação. Este dispositivo alude ao valor do bem e não ao preço de aquisição, não afastando a irregularidade quando um bem é adquirido por um preço inferior ao valor efetivo do bem, mesmo com a existência de um documento indicando o valor reduzido do bem. Porém, o agente pode produzir provas da origem legítima da aquisição do bem.

De acordo com Mazza (2023), as condutas previstas neste artigo são consideradas as mais graves puníveis com base nesta lei. Independente do ressarcimento integral do erário e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas, o agente também pode perder bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perder a função pública, ter seus

direitos políticos suspensos por até 14 anos, pagar multa civil equivalente ao valor acrescido ao patrimônio e ficar proibido de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário por até 14 anos, nos termos do artigo 12, I, da Lei 8.429/92.

Em suma, o artigo 9º trata dos atos de enriquecimento ilícito, e as alterações promovidas em seus incisos pela Lei 14.230/21, mostram a preocupação do legislador em atualizar a norma para que ela se torne mais eficaz em repreender os atos ímprobos dos agentes públicos.

No artigo 10 da Lei 8.429/92 o agente público sofria sanções por danos culposos causados ao erário, porém, com as alterações advindas da Lei 14.230/21 passaram a ser considerados como improbidade somente os danos causados de maneira dolosa. Deste modo, os incisos deste artigo trazem a presunção da existência de consciência e intencionalidade ao praticar os atos lesivos (Justen Filho, 2022).

A improbidade se configura no artigo 10 pela conduta comissiva ou omissiva que causar perdas patrimoniais ao erário. O dano ao erário pode ser consumado pela perda patrimonial nas hipóteses de desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação (Justen Filho, 2022).

Carvalho (2024), relata que o dano ao erário pode se dar também na busca de outras vantagens, como por exemplo, a contratação de um amigo ou parente em preços superfaturados, redução de carga tributária favorecendo terceiros, entre outros.

Encontra-se presente, também, neste artigo a tipificação do dolo indireto, quando o agente público previu o resultado e assumiu o risco de produzir o resultado danoso (Justen Filho, 2022).

O caput do artigo 10 traz uma definição genérica que se aplica aos casos que não se submetem especificamente aos seus incisos, já que estes apresentam situações específicas e diferenciadas, mas não se trata de um rol taxativo e sim exemplificativo (Justen Filho, 2022).

Dentre as alterações trazidas pela Lei 14.230/21, Filho (2022) pontua as seguintes:

a) o inciso I incluiu a exigência da incorporação indevida do bem ou benefício ao patrimônio privado.

Segundo Carvalho (2024), não é necessário que o agente seja diretamente beneficiado, ele pode utilizar-se do montante público para enriquecer terceiro.

b) o inciso VIII trata de duas hipóteses distintas de improbidade relacionadas à contratação administrativa. São elas a frustração da licitude do processo licitatório ou seletivo

de parceiros privados e a dispensa indevida de licitação, onde não há a presença dos pressupostos exigidos por lei para a dispensa.

Desde que cumpridas as exigências da lei, a contratação sem licitação pode ter resultado satisfatório e vantajoso para a administração pública.

Por se tratar de um procedimento de competência exclusiva da administração pública, nenhum particular pode ser responsabilizado pela ausência de realização de uma licitação que seria obrigatória, a não ser que se comprove a prática concreta e efetiva de uma conduta específica de forma consciente para que seja dispensada indevidamente a licitação.

c) nos incisos X e XIX foram eliminadas as referências relacionadas a negligência no desempenho da função pública e exigido que o dolo estivesse presente.

Carvalho (2024), nos traz que no primeiro artigo a ilicitude da arrecadação de tributos pode gerar danos ao cofre público devido a redução da arrecadação. Já a má conservação da coisa pública causa danos devido a necessidade de reparação ou compra de coisa nova. Já no segundo artigo a liberação de verbas públicas devem ser realizadas nos termos definidos em lei.

d) o inciso XXI foi revogado por reiterar o artigo XX devido a um defeito técnico da lei anterior.

e) o inciso XXII tem a redação equivalente à do inciso 10-A da Lei 8.429/92, hoje apenas com a alteração do posicionamento de um dispositivo para o outro, é possível pressupor a ocorrência de uma lesão patrimonial ao erário.

f) o § 1º traz uma regra que poderia ser aplicada somente ao artigo 11 deste dispositivo, pois, diz que se não houver perda efetiva para o erário seria necessário a exigência de seu ressarcimento.

Para Carvalho (2024) o ressarcimento tem natureza somente de devolução do prejuízo e não de penalidade jurídica.

g) o § 2º reflete sobre a normalidade econômica e os eventos extraordinários e imprevisíveis que leve a perda patrimonial por ato praticado por agente público. As atividades que podem gerar perda em virtude da evolução ordinário do mercado econômico não será considerada ato de improbidade administrativa.

Segundo Mazza (2023), as condutas previstas neste artigo são consideradas de gravidade intermediária e sem prejuízo as sanções penais, civis e administrativas, o agente também pode perder bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perder a função pública, ter seus direitos políticos suspensos por até 12 anos, pagar multa civil equivalente ao valor do dano e ficar proibido de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou

incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário por até 12 anos, nos termos do artigo 12, II, da Lei 8.429/92.

Em resumo, as condutas previstas no artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa apresentam menor gravidade que aquelas referidas no artigo anterior e todas as hipóteses nele contempladas somente serão consideradas ímprobas se causarem prejuízo intencionais ao patrimônio público. Assim, o legislador, mais uma vez, deixa de punir os atos causados por negligência, imprudência e imperícia.

Já o artigo 11 da Lei 8.429/92, contempla os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública, mesmo que não cause enriquecimento ilícito do agente ou dano patrimonial ao erário (Carvalho, 2024).

De acordo com Filho (2022, p. 112), “Trata-se de violação aos valores essenciais que norteiam a função administrativa estatal. Não se exige a consumação de um dano patrimonial, nem um benefício econômico para o agente público.”

A Lei 14.230/21 alterou o caput do artigo 11, que trazia uma amplitude normativa, para impor uma relevante delimitação. Também é relevante ressaltar que as condutas puníveis nos artigos 9º e 10, não se subordinam à disciplina conjunta e cumulativa com ao artigo 11 (Justen Filho, 2022).

O artigo 11 não considera improbidade a violação de qualquer princípio e sim a conduta dolosa que viola os princípios da honestidade, imparcialidade e legalidade, exigindo uma previsão legal que institui e define estes deveres. Já as condutas que não se encaixarem nestas hipóteses não serão consideradas improbidade (Justen Filho, 2022).

De acordo com Filho (2022), com as alterações trazidas pela Lei 14.230/21, este artigo deixou de ter um rol exemplificativo e passou a ter com rol taxativo, sendo assim, as condutas que não estiverem submetidas em seus incisos, não serão consideradas típicas.

Justen Filho, 2022, relata as seguintes alterações trazidas pela Lei 14.230/21:

a) o inciso I, que se referia ao desvio de finalidade, foi revogado por não se enquadrar no instituto da improbidade, o que causava a preocupação quanto a banalização da improbidade administrativa.

b) o inciso II também foi revogado para afastar a identificação de ilegalidade e improbidade, pois, o retardamento ou a omissão, indevidos por atos de ofício não se confundem com improbidade administrativa.

c) o inciso III passou a exigir que a violação do dever de sigilo traga privilégios ou coloque em risco a segurança da sociedade e do Estado, não sendo admitida a interpretação com fundamento em argumento retórico, destituída de concretude e de evidência da produção efetiva do risco.

d) o inciso IV sofreu um acréscimo no que se refere à negativa de publicidade a atos oficiais, exceto, aquele que o sigilo é indispensável para a segurança da sociedade e do Estado ou é previsto em lei.

Para Carvalho (2024) este inciso trata da violação ao princípio da publicidade dos atos administrativos, que impõe a transparência dos atos praticados pela entidade pública.

e) o inciso V ampliou sua abrangência quanto a frustração, da licitude do concurso público, configurando improbidade nos casos de frustração, ofensiva à imparcialidade, do caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, visando benefício próprio ou de terceiros.

Neste caso, o benefício pretendido não necessita ser direto, nem patrimonial e nem que a intenção seja efetivamente satisfeita, basta a vontade orientada de tais desígnios.

Para Carvalho (2024) este inciso visa a proteção do princípio da impessoalidade.

f) o inciso VI passou a contemplar algumas ressalvas quando o agente público estiver obrigado a prestar contas. Uma ressalva introduzida se refere à disponibilidade de condições para prestar contas, afastando a improbidade nos casos em que as condições precárias para exercer a função pública dificulte o cumprimento do dever em questão.

A não prestação de contas, por si só, não é improbidade administrativa, é necessário que ela ocorra com o intuito de ocultar irregularidades (Carvalho, 2024).

g) o inciso IX que tratava da ausência de cumprimento de exigências de acessibilidade previstas na legislação, foi revogado com o intuito de diferenciar ilegalidade de improbidade.

h) o inciso X foi revogado, pois, a ausência de celebração do instrumento adequado para a transferência de recursos a entidade privada versando sobre serviços na área da saúde não configura conduta ímproba e sim prática ilegal que deve ser sancionada por outras vias adequadas.

i) o inciso XI contempla a repressão ao nepotismo, porém, o § 5º traz algumas ressalvas com conteúdo e extensão insertos.

O administrador público deve se pautar, unicamente, na busca do interesse da coletividade e não em escolhas pessoais com intenção de beneficiar a si mesmo ou a terceiros,

se pautando nos princípios da indisponibilidade do interesse público, da moralidade e isonomia (Carvalho, 2024).

j) no inciso XII a Lei 14.230/21 introduziu como improbidade a prática de publicidade infringente da vedação do art. 37, § 1º da CF, ou seja, que traga promoção pessoal às custas do erário, ainda que a publicidade se faça de modo disfarçado. Toda publicidade adotada pelo agente público deve ter cunho educativo, informativo ou de orientação social.

k) o § 3º reitera que para o ato ser considerado violação do princípio da legalidade é necessário que seja indicado qual o dispositivo que foi violado.

l) o § 4º estabelece que para ser considerado improbidade administrativa não é necessário que ocorra dano ao erário e nem enriquecimento ilícito do agente público, é preciso apenas a lesividade relativa das condutas ao bem jurídico tutelado.

Mazza (2023) traz que o artigo 11 enumera um rol taxativo e com condutas de menor gravidade, que apesar de violarem os deveres da honestidade, imparcialidade e legalidade, não provocam qualquer lesão financeira ao erário. Essas condutas são punidas com o pagamento de multa civil de até 24 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e pela proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário pelo prazo de até quatro anos, de acordo com o artigo 12, III, da Lei de Improbidade Administrativa.

Em resumo, as alterações legislativas do artigo 11 da Lei 8.429/92 trazidas pela Lei 14.230/21 delimitam as condutas que configuram improbidade administrativa, trazendo um rol taxativo de condutas, que se cumula com os artigos 9º e 10, e que exige a comprovação do dolo para que se caracterize improbidade. Deste modo, garante uma maior segurança jurídica aos agentes públicos e evita a banalização deste instituto.

4 JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ SOBRE O TEMA RESSARCIMENTO AO ERÁRIO

A jurisprudência do Superior Tribunal Federal (STF) guia suas decisões pelos seguintes temas de repercussão geral em relação ao ressarcimento do erário nos casos de improbidade administrativa:

Tema 666 - Imprescritibilidade das ações de ressarcimento por danos causados ao erário, ainda que o prejuízo não decorra de ato de improbidade administrativa.

Este tema teve como discussão se a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário seria aplicada somente aos atos de improbidade administrativa ou se iria abranger todos os tipos de danos ao erário, tendo como fundamento no artigo 37, §5º da Constituição Federal (Brasil, 2016).

De acordo com os Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 669.069/MG, que teve como relator o Ministro Teori Zavascki, ficou determinado que em regra, as ações de ressarcimento ao erário são prescritíveis, porém, existem exceções que ocorrem em casos específicos como as pretensões de ressarcimento decorrentes de atos tipificados como ilícitos de improbidade administrativa (Tema 897) e aqueles fundados em decisões das Cortes de Contas (Tema 899) (Brasil, 2016).

No Agravo Regimental em Mandado de Segurança 37.807/DF, o relator Ministro Nunes Marques, traz em seu voto que a jurisprudência do Supremo é firme no sentido da prescritibilidade do pedido de ressarcimento ao erário, com exceção feita aos atos de improbidade cometidos com dolo e aos temas penais tratados na Constituição Federal (arts. 5º, XLII e XLIV; e 231, § 4º) (Brasil, 2023).

Em resumo, o Tema 666 do STF, trata os casos de ressarcimento ao erário decorrentes de atos de improbidade administrativa como sendo imprescritíveis, ou seja, o dever de ressarcir o erário público não prescreve.

Tema 897 - Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa.

Este tema teve como discussão a prescritibilidade ou não da ação de ressarcimento ao erário fundada em atos tipificados como ilícito de improbidade administrativa com fundamento no art. 37, §5º da Constituição Federal (Brasil, 2016).

O Recurso Extraordinário 852.475/SP de Repercussão Geral, que teve como relator o Ministro Edson Fachin, determinou a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário fundadas nos atos tipificados como ilícito de improbidade administrativa (Brasil, 2016).

O Recurso Extraordinário 852.475/SP que teve o Ministro Alexandre de Moraes como relator e o Ministro Edson Fachin como redator do Acórdão, já havia decidido de forma clara que a imprescritibilidade atinge somente o ressarcimento ao erário, e não as demais sanções previstas no artigo 12 da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), que a imprescritibilidade somente se aplica a atos de improbidade administrativa dolosos tipificados na Lei 8.429/1992 e que compete ao Ministério Público comprovar a prática do ato de

improbidade administrativa doloso, desde que tipificado na Lei 8.429/1992, e não somente a existência do dano, garantindo-se ampla defesa ao réu (Brasil, 2018).

Recentemente o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.477.620/GO, confirmou a utilização do Tema 897, ao negar provimento ao Recurso Extraordinário com Agravo no qual o agravante solicita a possibilidade de inclusão do débito relativo ao ressarcimento ao Erário em programa de parcelamento instituído pelo Município lesado através da aplicabilidade da Lei de Recuperação Fiscal (REFIS), que além do pagamento parcelado, a lei municipal prevê descontos nas dívidas (Brasil, 2024).

Sendo assim, as sanções impostas por atos de improbidade administrativas somente serão imprescritíveis no que diz respeito aos danos causados ao erário de forma dolosa e no que se refere ao seu ressarcimento, não cabendo a imprescritibilidade para os demais tipos de sanções.

Tema 1043 - A utilização da colaboração premiada no âmbito civil, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público em face do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), da imprescritibilidade do ressarcimento ao erário (CF, art. 37, §§ 4º e 5º) e da legitimidade concorrente para a propositura da ação (CF, art. 129, §1º).

A discussão relevante desse tema em relação ao ressarcimento do erário se encontra na obrigação de ressarcimento do dano causado ao erário pelo agente colaborador que deve ser integral, não podendo ser objeto de transação ou acordo, sendo válida a negociação em torno do modo e das condições para a indenização (Brasil, 2019).

O Recurso Extraordinário com Agravo 1.175.650/PR que teve o Ministro Alexandre de Moraes como relator determinou que é constitucional o acordo de colaboração premiada, porém, é indisponível o ressarcimento integral ao erário, podendo haver acordo sobre a condição de indenização (Brasil, 2023).

Sendo assim, é constitucional que o acusado colabore com a justiça na ação civil pública de improbidade administrativa, fornecendo informações relevantes sobre um crime, em troca de benefícios, porém, o ressarcimento integral ao erário não deixa de ser obrigatório, mas com a vantagem de poder negociar a forma de pagamento.

Já o Superior Tribunal de Justiça (STJ) possui os seguintes Temas Repetitivos em relação ao ressarcimento do erário:

Tema Repetitivo 701: este tema diz que é possível a decretação da indisponibilidade de bens do promovido em Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, quando ausente (ou não demonstrada) a prática de atos (ou a sua tentativa) que induzam a conclusão de

risco de alienação, oneração ou dilapidação patrimonial de bens do acionado, dificultando ou impossibilitando o eventual ressarcimento futuro (Brasil, 2014).

Julgado recentemente o Agravo Interno no Embargos de Declaração no Agravo de Recurso Especial 2020/0070375-2, o Ministro Relator Paulo Sérgio Domingues em seu voto relata que acórdão recorrido está em harmonia com o entendimento firmado pelo Tribunal no julgamento do Tema 701, que autoriza a decretação da indisponibilidade de bens do réu em ação civil por ato de improbidade administrativa quando presentes fortes indícios de responsabilidade pela prática de ato ímprobo que cause dano ao erário (Brasil, 2024).

Tema Repetitivo 1089: trata da ação civil pública por ato de improbidade administrativa no qual é possível o prosseguimento da demanda para pleitear o ressarcimento do dano ao erário, ainda que sejam declaradas prescritas as demais sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92 (Brasil, 2021).

O AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 1738822 / SP (2020/0194902-7), que teve como relator o Ministro Francisco Falcão nega provimento ao agravo interno que pediu o sobrestamento dos autos até o julgamento do Tema nº 1089 dos recurso repetitivos por este tema já se encontrar julgado com a definição de que na ação civil pública por ato de improbidade administrativa é possível o prosseguimento da demanda para pleitear o ressarcimento do dano ao erário, ainda que sejam declaradas prescritas as demais sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92 (Brasil, 2022).

Tema Repetitivo 1213: este tema diz que para fins de indisponibilidade de bens, há solidariedade entre os corréus da Ação de Improbidade Administrativa, de modo que a constrição deve recair sobre os bens de todos eles, sem divisão em quota-parte, limitando-se o somatório da medida ao quantum determinado pelo juiz, sendo defeso que o bloqueio corresponda ao débito total em relação a cada um (BRASIL, 2024).

O REsp 1955116/AM, através de seu relator o Ministro Herman Benjamin foi aprovado por unanimidade, baseado na tese do tema 1213 que para fins de indisponibilidade de bens, há solidariedade entre os corréus da Ação de Improbidade Administrativa, de modo que a constrição deve recair sobre os bens de todos eles, sem divisão em quota-parte, limitando-se o somatório da medida ao quantum determinado pelo juiz, sendo defeso que o bloqueio corresponda ao débito total em relação a cada um (Brasil, 2024).

Sendo assim, o valor do bloqueio não deve ultrapassar o valor da causa ou o valor estipulado pelo juiz, mas pode recair de forma desigual entre os corréus, ou seja, cada corréu pode ter uma porcentagem de bloqueio de bens diferente um do outro.

Na análise da jurisprudência do STF e do STJ em relação ao ressarcimento do erário pode ser observado que o ressarcimento é obrigatório nos casos de lesão dolosa ao erário e deve sempre ser de forma integral.

Os principais temas tratam da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, da possibilidade da utilização da colaboração premiada, onde é possível negociar a forma de pagamento do dano causado, porém, este deve ser efetuado de modo integral e a possibilidade do uso de medidas cautelares para indisponibilidade de bens, garantindo desta forma, a efetividade do processo de execução.

5 EFETIVIDADE DOS PROCESSOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A efetividade dos processos de improbidade administrativa é um assunto de grande relevância para a sociedade e complexo, pois trata diretamente da qualidade da gestão pública e da erradicação da corrupção.

Para alcançar essa efetividade, diversos fatores são relevantes, como a celeridade processual, a qualidade das investigações e a aplicação de sanções adequadas.

As sanções previstas na Lei nº 8.429/92 tem natureza especial que decorre do direito administrativo sancionador. O mesmo ato de improbidade administrativa pode ser sancionado na esfera administrativa, civil e penal de forma independente (Carvalho, 2024).

A medida cautelar de indisponibilidade dos bens do acusado, pode ser solicitada de forma preparatória ou incidental, com a finalidade de assegurar o ressarcimento integral do dano causado ao erário ou acréscimo patrimonial ilícito (Mazza, 2023).

De acordo com Carvalho (2024, p.1243) “atualmente, a possibilidade de indisponibilidade dos bens do acusado dependerá da comprovação do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo e da probabilidade do direito, comprovados de forma cumulativa”.

Outra medida cautelar relevante para a efetividade do processo é o afastamento preventivo do agente que deverá ser determinado pelo juiz quando o administrador alegar e comprovar que sua permanência no cargo poderá atrapalhar o andamento regular do processo judicial (Carvalho, 2024).

O afastamento provisório com finalidade de impedir a continuidade do delito praticado pelo agente público também pode ser determinado (Carvalho, 2024).

As medidas cautelares de afastamento têm prazo máximo de 180 dias e por não se tratar de uma sanção, o agente público continuará a receber sua remuneração enquanto estiver afastado (Carvalho, 2024).

De acordo com Mazza (2023), foi retirada da lei de improbidade administrativa a possibilidade da administração pública de decretar o afastamento do agente público. Somente por ordem judicial é permitida as cautelares de indisponibilidade de bens e afastamento preventivo.

Outro ponto relevante para a efetividade do processo de improbidade administrativa é a imprescritibilidade do ressarcimento ao erário, conforme o entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 852.475/SP de Repercussão Geral.

Em suma, as sanções da Lei nº 8.429/92, a possibilidade de responsabilização simultânea nas esferas administrativa, civil e penal, da aplicação das medidas cautelares como a indisponibilidade dos bens do acusado, o afastamento preventivo, o afastamento provisório e a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário favorecem a efetividade dos processos de improbidade administrativa.

O Conselho Nacional de Justiça (2015), traz em sua análise que a eficiência das ações de improbidade administrativa é comprometida por diversos fatores, um dos principais obstáculos é a falta de especialização das varas. De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, a ausência de juízes familiarizados com a complexidade dessas ações dificulta a celeridade processual e pode gerar decisões inconsistentes.

Além disso, a demora na tramitação dos processos e a alta taxa de recursos representam outro desafio. A relação entre o tempo de tramitação e os índices de recorribilidade é evidente, demonstrando que a lentidão processual incentiva a interposição de recursos e prolonga ainda mais as ações.

Diante deste cenário, é essencial buscar meios de agilizar as ações de improbidade administrativa e torná-las mais eficientes.

Conforme o balanço realizado pelo Movimento Pessoas à Frente (2024), com base em dados coletados no Conselho Nacional de Justiça pode-se observar o número de novas ações de improbidade administrativa registrados nos últimos anos:

Tabela 1. Distribuição de novas ações de improbidade administrativa por tipo e ano (2020-2023)

Assunto do Processo	2020	2021	2022	2023	Total
Improbidade Administrativa	3.546	3.162	2.045	1.839	10.592
Dano ao erário	8.404	8.737	5.541	5.244	27.926
Enriquecimento ilícito	2.528	2.644	1.762	1.873	8.807
Violação aos princípios da administração pública	7.137	7.448	4.761	3.869	23.215
Total de ações cadastradas na Justiça Estadual e Federal (Improbidade Administrativa)	21.615	21.991	14.109	12.825	70.540

Fonte: Rocha; Monteiro; Castro (2024).

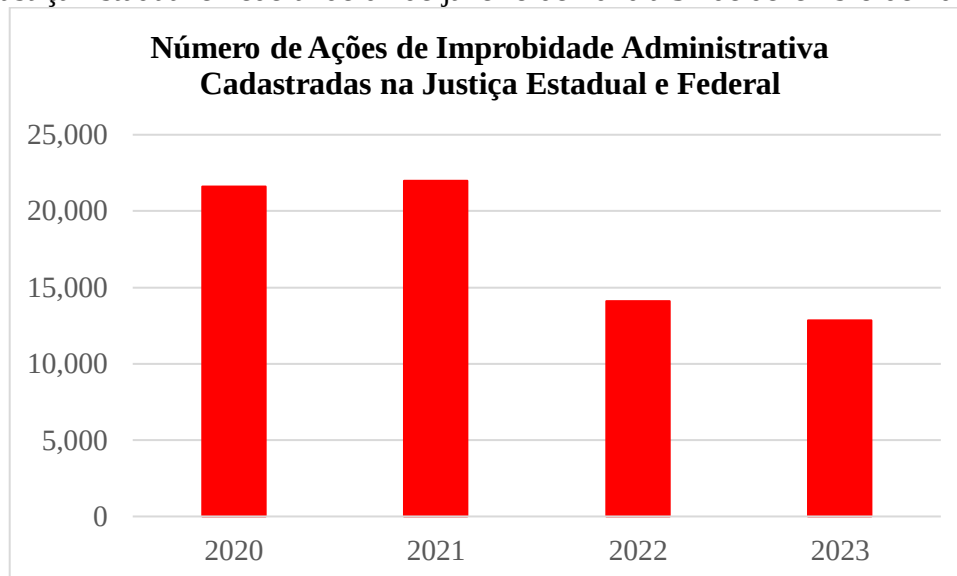
Os dados desta tabela demonstram uma tendência de redução na quantidade de ações de improbidade administrativa que chegaram ao sistema judiciário a partir do ano de 2022, quando a Lei 14.230/21 entrou em vigor.

Os crimes de improbidade administrativa de maior incidência são os crimes que causam danos ao erário, descritos no artigo 9º da Lei 8.429/92, seguido pelos crimes de violação aos princípios da administração pública, descritos no artigo 11 do mesmo instrumento legislativo.

Os dados apresentados em Improbidade Administrativa são os dados que foram lançados no Conselho Nacional de Justiça sem especificar qual foi espécie do ato cometido (Rocha; Monteiro; Castro, 2024)

Estes dados são melhor visualizados nos gráficos a seguir:

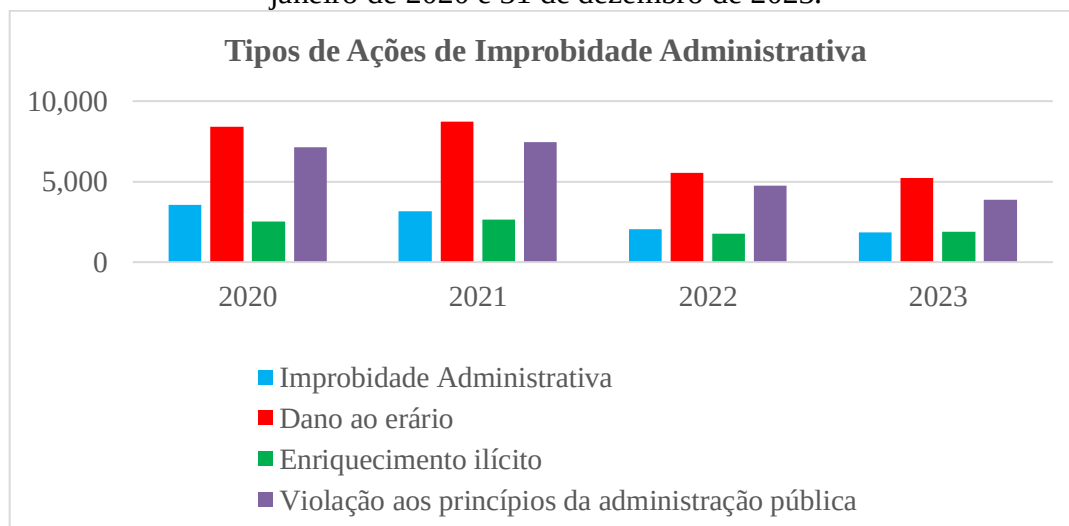
Gráfico 1: Evolução do número de ações de improbidade administrativa cadastradas na Justiça Estadual e Federal de 01 de janeiro de 2020 à 31 de dezembro de 2023.



Fonte: Elaborado pelos Autores com base em Rocha; Monteiro; Castro (2024).

Em suma, conclui-se que depois da publicação da Lei nº 14.230/2021, houve uma tendência de queda na quantidade de novas ações fundadas na imputação de improbidade administrativa.

Gráfico 2: Tipos de novas ações de improbidade administrativa no primeiro grau entre 1º de janeiro de 2020 e 31 de dezembro de 2023.



Fonte: Elaborado pelos Autores com base em Rocha; Monteiro; Castro (2024).

Pode ser observado que o maior número de ações de improbidade administrativa propostas são as de dano ao erário, seguidas pela violação aos princípios da administração pública. Também se observa que foram cadastradas ações de forma genérica sem especificar qual foi a violação cometida.

Outro dado relevante trazido por Rocha; Monteiro; Castro (2024) em seu estudo foi o registro de condenação por improbidade administrativa. O Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade, do CNJ traz somente as condenações com trânsito em julgado, não se referindo quais foram às instâncias recursais, ou seja, onde as ações judiciais transitaram em julgado.

Estes dados são evidenciados no gráfico 3:

Gráfico 3: Registros de condenação por improbidade administrativa (CNC) – Ano da pena



Fonte: Elaborado pelos Autores com base em Rocha; Monteiro; Castro (2024).

Pode ser observado que a quantidade de condenações caiu significativamente a partir de 2021, porém, não houve tempo hábil para que os processos iniciados após as alterações da Lei de Improbidade Administrativa pela lei 14.230/2021 já tivessem trânsito em julgado computados no sistema do Conselho Nacional de Justiça.

Sendo assim, ainda não há elementos suficientes que permitam uma análise quantitativa e qualitativa da eficácia da condenação por atos de improbidade administrativa após a vigência das alterações legais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo das mudanças atuais da legislação sobre improbidade administrativa e dos impactos da Lei 14.230/2021 tornou-se ainda mais relevante para sociedade contemporânea que carece de fortalecimento dos valores éticos, de honestidade e, principalmente, moralidade administrativa.

Estudar os fundamentos, elementos, características, alcance e alterações da Lei 8.429/1992, apontando os sujeitos ativos e passivos da aplicação de amplo alcance da lei é essencial para prevenir e desestimular atos ímprobos.

A improbidade deve ser considerada um problema que afeta toda a sociedade. Foram analisadas as espécies de atos considerados ímprobos à guisa de: enriquecimento ilícito, dano ao erário e atos que atentam contra os princípios da administração pública.

Foram estudadas as modificações mais relevantes dos atos de improbidade administrativa advindas da Lei 14.230/2021, destacando-se o aumento da complexidade da tipificação dos atos de improbidade exigindo-se no caso de dano ao erário a presença do dolo específico, antes da alteração admitia a modalidade culposa. Anteriormente, o rol de atos que atentam contra os princípios da administração pública era meramente exemplificativo, após a atualização da lei mudou o Art.11 colocando exemplos taxativos de atos.

O legislador, ao atualizar o texto da Lei 8.429/1992 por meio da Lei 14.230/2021, tentou adequar à lei de improbidade administrativa aos outros diplomas legais como por exemplo, a Lei Anticorrupção (12.846/2013), ao Código de Processo Civil (13.105/2015) entre outros, e buscou modificar as possíveis penas com o fito de desestimular a corrupção, proteger a ética e o patrimônio público.

Para estudar os impactos da inovação legislativa utilizou-se a jurisprudência do STF e do STJ sobre o instituto do ressarcimento ao erário, apontando as mudanças e a evolução do entendimento desses tribunais superiores referente ao tema antes considerado passível de prescrição, tornou o ressarcimento integral obrigatório e imprescritível.

Devido às incertezas que as modificações da Lei de Improbidade Administrativa trouxeram sobre sua efetividade no combate a corrupção, o objetivo do presente trabalho foi analisar a efetividade do ressarcimento ao erário público após as alterações introduzidas pela Lei nº 14.230/21, buscando identificar o impacto da nova legislação sobre a recuperação dos valores desviados e a responsabilização dos agentes ímprobos.

A análise dos dados indicou uma tendência de redução no número de novas ações e condenações após a reforma, contudo, ainda não é possível atribuir categoricamente que essa queda se deu exclusivamente devido às últimas alterações legislativas. Outros fatores, como a jurisprudência e a complexidade dos casos, também podem ter influenciado nos resultados.

Conforme apresentado anteriormente, a nova legislação trouxe importantes mudanças, como a exigência de dolo específico para a configuração do ato de improbidade, que pode ter

impactado a forma como os casos são julgados. No entanto, é preciso aguardar um período mais longo para avaliar com precisão os efeitos da reforma.

Em conclusão, a presente pesquisa, ao analisar a efetividade da Lei de Improbidade Administrativa após a reforma de 2021, evidenciou a complexidade do tema e a necessidade de mais estudos aprofundados. Embora os resultados indiquem uma tendência de redução no número de ações e condenações, a causalidade dessa mudança ainda requer investigação mais detalhada.

Da pesquisa realizada foi possível depreender a necessidade de desenvolver mais e melhores instrumentos de coleta de dados estatísticos específicos referentes à improbidade administrativa para possibilitar a realização de uma análise da efetividade do ressarcimento ao erário. É necessário melhorar a produção de dados específicos pelos órgãos gestores da administração pública que servirão de instrumentos importantes para o planejamento e execução de estratégias para a erradicação da corrupção.

Por fim, insta ressaltar que as limitações encontradas neste estudo, como a escassez de dados atualizados e a recenticidade das alterações legislativas, abrem novas perspectivas para futuras pesquisas. Sugere-se a realização de estudos longitudinais com base em dados mais amplos, como os sistemas de acompanhamento processual do Conselho Nacional de Justiça, e a utilização de metodologias quantitativas e qualitativas para analisar a efetividade da lei em diferentes contextos, objetivando demonstrar a real efetividade da mudança legislativa ora discutida.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça Pesquisa Sumário Executivo: Lei de improbidade administrativa obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade**. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assegra de Almeida... [et al.]. – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/406/1/Justi%c3%a7a%20Pesquisa%20-%20Sum%c3%a1rio%20Executivo%20-%20Lei%20de%20Improbidade%20Administrativa.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 1738822 - SP (2020/0194902-7)**. Processo Civil. administrativo. Improbidade administrativa. Pretensão de ressarcimento ao erário. Imprescritibilidade. Recurso especial. Óbices de admissibilidade. Agravo interno. Decisão mantida. Agravante: Francisco de Assis Livolis Blanco. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Francisco Falcão, Brasília, 03 de outubro de 2022. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001949027&dt_publicacao=05/10/2022. Acesso em: 18 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt nos EDcl no Agravo em Recurso Especial Nº 1684894 - SP (2020/0070375-2)**. Processual Civil. Agravo interno. Agravo em recurso especial. Ação de improbidade administrativa. Indisponibilidade de bens. Ausência de prequestionamento. Súmulas 282 e 356/STF. Fundamento não impugnado. Súmula 283/STF. Reforma do julgamento. Súmula 7/STJ. Provimento negado. Agravante: Jorge Abissamra. Agravado: Município de Ferraz de Vasconcelos. Relator: Min. Paulo Sérgio Domingues, Brasília, 26 de fevereiro de 2024. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000703752&dt_publicacao=29/02/2024. Acesso em 18 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.899.407 - DF (2020/0263011-1)**. Administrativo. Recurso Especial representativo de controvérsia de natureza repetitiva. Ação Civil Pública. Improbidade administrativa. Reconhecimento da prescrição quanto ao pedido de imposição de sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92. Prosseguimento da ação quanto à pretensão de ressarcimento dos danos causados ao erário. Possibilidade. Jurisprudência pacífica do STJ. Tese firmada sob o rito dos Recursos Especiais Repetitivos. Recurso Especial conhecido e provido. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Lenilda Fernandes Maia Teixeira. Relatora: Min. Assusete Magalhães, Brasília, 22 de setembro de 2021. Disponível em: [GetInteiroTeorDoAcordao \(stj.jus.br\)](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000703752&dt_publicacao=29/02/2024). Acesso em: 18 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1955116-AM (2021/0243664-1)**. Administrativo e Processual Civil. Improbidade administrativa. Recurso julgado pelo rito dos recursos repetitivos. Indisponibilidade de bens. Solidariedade. art. 16, § 5º, da lei 8.429/1992, com redação dada pela lei 14.230/2021. Ausência de divisão pro rata. Somatório dos valores constrictos que não pode superar o quantum estabelecido da petição inicial ou outro valor definido pelo juiz. Precedentes. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Sandoval Fernando Cardoso de Freitas. Relator: Min. Herman Benjamin, Brasília, 22 de maio de 2024. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102436641&dt_publicacao=01/07/2024. Acesso em: 18 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1955440-DF (2021/0256086-6)**. Administrativo e Processual Civil. Improbidade Administrativa. Recurso julgado pelo rito dos recursos repetitivos. Indisponibilidade de bens. Solidariedade. Art. 16, § 5º, da Lei 8.429/1992, com redação dada pela Lei 14.230/2021. Ausência de divisão pro rata. Somatório dos valores constrictos que não pode superar o quantum estabelecido da petição inicial ou outro valor definido pelo juiz. Precedentes. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Fernanda da Silva Ribeiro. Relator: Min. Herman Benjamin, Brasília, 22 de maio de 2024. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1213&cod_tema_final=1213. Acesso em: 28 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**. Improbidade Administrativa. Indisponibilidade de bens do acionado. Art. da Lei 8.429/92. Ausência de indicação de dilapidação patrimonial. Necessidade de demonstração do Periculum In Mora. Recorrente: União e Ministério Público. Recorrido: CC de S. Relator: Min. Presidente do STJ. Brasília, 19

de setembro de 2014. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=701&cod_tema_final=701. Acesso em 18 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário com Agravo 1.175.650/PR**. Constitucional. Utilização do acordo de colaboração premiada (Lei 12.850/2013) no âmbito da ação civil pública por ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992). Possibilidade. Declarações do agente colaborador como única prova. Insuficiência para o início da ação por ato de improbidade. Obrigação de ressarcimento integral ao erário. Transação apenas em torno do modo e das condições para a indenização. Legitimidade para celebração do acordo. Ministério público com a interveniência da pessoa jurídica interessada. Recorrente: Milton Antônio De Oliveira Digiácomo. Recorrido: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Min. Alexandre de Moares, Brasília, 03 de julho de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=771421563>. Acesso em: 18 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1 Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.477.620/GO**. Agravo interno. Recurso Extraordinário com Agravo. Ação Civil Pública. Condenação por ato de improbidade administrativa. Ressarcimento ao erário. Refis. Ressarcimento integral. Agravante: Samir Dahas Nogueira. Agravado: Ministério Público do Estado de Goiás. Relator: Min. Alexandre De Moraes, Brasília, 07 de agosto de 2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=778980328>. Acesso em: 18 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2 Turma). **Agravo Regimental em Mandado de Segurança 37.807/DF**. Agravo interno em mandado de segurança. Tribunal de contas da união (TCU). Tomada de contas especial. Condenação ao ressarcimento de valores e ao pagamento de multa. Prescrição. Consumação. Ausência de marco interruptivo. Agravante: União. Agravado: Jose Jeová Souto Mota. Relator: Min. Nunes Marques, Brasília, 09 de maio de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=767829580>. Acesso em 18 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 669.069/MG**. Processual civil. Embargos de declaração no recurso extraordinário. Ressarcimento ao erário. Dano decorrente de ilícito civil. Prescritibilidade. sentido estrito da expressão “ilícito civil”, delimitado pelo acórdão embargado. Fixação do termo inicial do prazo prescricional. Matéria infraconstitucional. Modulação de efeitos da tese firmada no acórdão embargado. Não demonstração de motivo relevante de interesse social ou de segurança jurídica. Rediscussão de questões decididas. Impossibilidade. Embargos de declaração rejeitados. Embargante: Procurador-Geral da República. Embargado: Viação Três Corações Ltda; Luiz Cláudio Salles da Luz. Relator: Min. Teori Zavascki, Brasília, 16 de junho de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11264843>. Acesso em: 18 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário 669.069/MG**. Constitucional e civil. Ressarcimento ao erário. Imprescritibilidade. Sentido e alcance do art.

37, § 5º, da constituição. Recorrente: União. Recorrido: Viação Três Corações Ltda; Luiz Cláudio Salles da Luz. Relator: Min. Teori Zavascki, Brasília, 03 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309316367&ext=.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário 852.475/SP**. Direito constitucional. Direito administrativo. Ressarcimento ao erário. Imprescritibilidade. Sentido e alcance do art. 37, § 5º, da constituição. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Antônio Carlos Coltri e Outro (a/s). Relator: Min. Alexandre de Moraes, Brasília, 08 de agosto de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749427786>. Acesso em: 18 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 852.475/SP**. Administrativo. Recurso Extraordinário. Ação Civil Pública. Ato de improbidade administrativa. Pretensão de ressarcimento ao erário. Prescritibilidade (art. 37, § 5º, da Constituição Federal). Repercussão geral configurada. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Antônio Carlos Coltri e Outro (a/s). Relator: Min. Teori Zavascki, Brasília, 19 de maio de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11028593>. Acesso em: 18 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 1.175.650/PR**. Constitucional e Processo Civil. Recurso Extraordinário com Agravo. Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa. Utilização de colaboração premiada. Análise da possibilidade e validade em âmbito civil. Repercussão Geral reconhecida. Recorrente: Milton Antônio De Oliveira Digícomo. Recorrido: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Min. Alexandre de Moares, Brasília, 25 de abril de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340063444&ext=.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2024.

CARVALHO, M. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada - Atualizada com a Lei nº 14.230/2021**. 3ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2024.

CARVALHO, M. **Manual de Direito Administrativo**. 12. ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.

JUSTEN FILHO, M. **Reforma da Lei de Improbidade Administrativa Comparada e Comentada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MAZZA, A. **Manual de Direito Administrativo**. 13. ed. Revista e atualizada. Editora Saraiva.jur., 2023.

ROCHA, F. C. de A.; MONTEIRO, V.; CASTRO, L. P. P. de. **Balanço sobre a alteração da Lei de Improbidade Administrativa: Análise a partir dos dados do Conselho Nacional de Justiça**. Movimento Pessoas à Frente. Nota Técnica. 2024. Disponível em: <https://movimentopessoasafrente.org.br/wp-content/uploads/2024/07/balanco-sobre-a-alteracao-da-lei-de-improbidade-administrativa.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2024.

INIMPUTÁVEIS E SEMI-IMPUTÁVEIS: A APLICAÇÃO DAS PENAS SOB A ÓTICA DO DIREITO NOS DIAS ATUAIS

BARBOSA, André Luis Jardini¹

SANTOS, Vinícius Ribeiro²

ISSUE DOI: 10.3738/1982.2278.4578

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo abordar o tema sobre a inimputabilidade por doença mental e a aplicação das penas sob a ótica do direito. Além disso, demonstrar como juízes e desembargadores entendem sobre a consideração da inimputabilidade e semi-imputabilidade dos agentes que cometem o fato. Para se analisar se o agente é considerado inimputável ou semi-imputável, deve-se ter como base a culpabilidade do agente, levando em consideração se o fato é típico, ilícito e reprovável. É preciso realizar o exame de sanidade mental a ser determinado pelo Juiz do 1º grau do processo. Em caso positivo, será determinado baseado no Código Penal se o agente será isento de pena. Caso aplicado aos inimputáveis, a pena reduzida de 1/6 a 2/3 ou cumprirão a medida de segurança. No caso dos semi-imputáveis, a medida de segurança deverá ser cumprida em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico. Em caso de crime punível com detenção, deverá o agente ser submetido a tratamento ambulatorial. O objetivo do presente trabalho é revisar sobre como os custodiados inimputáveis e semi-imputáveis são vistos à luz da aplicabilidade da constituição federal e a situação dos hospitais psiquiátricos nos dias atuais. O objetivo específico é explorar qual a seqüela em manter o custodiado além da sua pena para o Estado, sociedade e para o próprio custodiado. A metodologia do trabalho é de uma revisão bibliográfica crítica com uso de artigos científicos, livros e jurisprudência. Os Hospitais de Custódia e Tratamentos Psiquiátricos estão longe de cumprir a sua finalidade, as quais devem ser a ressocialização do internado, aplicando-se o método curativo ou a melhora da doença, para que a pena cumprida em seu limite. Isso não acontece, pois o cumprimento na esmagadora maioria das vezes extrapola os limites de pena fixados na sentença.

Palavras-chave: Inimputabilidade. Isento. Semi-imputável. Redução. Ressocialização.

UNIMPUTABLE AND SEMI-IMPUTABLE: THE APPLICATION OF THE PENALTY UNDER THE LENS OF THE LAW NOWADAYS

SUMMARY: The present study aims to approach the subject of imputability by mental disorder and the applicability of penalties under the lens of the law. Besides that, showing what judges and Supreme Court judges understand about the consideration of imputability and semi-imputability of the agents who commit the fact. To analyze if the agent is considered unimputable or semi-imputable, we might be based on the culpability of the agent, taking into consideration if the fact is typical, illicit and reprehensible. It's needed to take the sanity test to be determined by the judge of the proceedings. In a positive case, it will be determined based in the penal code if the agent will be free from the penalty. In case of being applied to the unimputable it will have the penalty reduced from 1/6 to 2/3 or it will obey the safety measure. Regarding to the semi-unimputable, the safety measure will be done in a Hospital of Custody and Psychiatric Treatment. Regarding to crimes punishable with detention, the agent will be submitted to outpatient treatment. The present article aims to review how the unimputable and semi-unimputable are seen under the applicability of the federal constitution and the situation of the psychiatric hospitals currently. The specific goal is to explore what the sequels of keeping the custodied beyond its penalty to the state, society and the custodiado itself are. The methodology of this study is from a critical bibliographic review with the use of scientific articles, books and jurisprudence. The Hospitals of Custody and Psychiatric Treatment are far from accomplishing its goal, which must be the resocialization of the inmate, applying the curative method or the

¹ Doutor em direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP/SP. Docente na Faculdade Dr. Francisco Maeda – FAFRAM/SP desde 2012. Delegado de Polícia.

² Bacharel em direito Faculdade Dr. Francisco Maeda – FAFRAM/SP.

improvement of the disorder, so the penalty will be done in its limits. That does not happen, because the time done exceeds the limits of the penalty established in the sentence, in the overwhelming majority of the cases.

Keywords: Unimputability. Free from. Semi-imputability. Reduction. Resocialization.

1 INTRODUÇÃO

A inimizabilidade é a ausência de características pessoais necessárias para que possa ser atribuída a alguém a responsabilidade pelo cometimento de um ilícito penal. Neste caso, fala-se em inimputável e semi-imputável onde ambos devem ser submetidos ao exame de sanidade mental. Os inimputáveis poderão ser isentos de pena, mas não da medida de segurança, visto como método curativo da doença, devendo ser cumprido em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, sem ter um limite máximo para este cumprimento. Já os semi-imputáveis não têm excluída a inimputabilidade pelo cometimento do ato ilícito e fica o magistrado adstrito à redução de 1/3 a 2/3 da pena ou a aplicação da medida de segurança.

Apesar de inúmeras discussões pretéritas, tem-se a ocorrência de ofensa a vários princípios constitucionais e infraconstitucionais, como, por exemplo, o limite da pena não poder ultrapassar trinta anos, o que não acontece. Segundo dados recentes da Associação Brasileira de Psiquiatria e o Conselho Nacional de Justiça, existem inúmeros internos em hospitais de custódia no Brasil cumprindo suas penas ou medidas de segurança há mais de 35 anos. Uma desconsideração aos preceitos da Constituição da República Federativa do Brasil.

A importância de se fazer essa pesquisa consiste em mostrar quais as deficiências estão ocorrendo em relação a esse tipo de pena, a situação dos hospitais de custódia e tratamento psiquiátricos, bem como a aplicabilidade da Constituição Federal nos dias atuais.

O objetivo do presente trabalho é revisar sobre como os custodiados inimputáveis e semi-imputáveis são vistos à luz da aplicabilidade da Constituição Federal e a estrutura dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico nos dias atuais. Como objetivo específico, explorar qual a seqüela de manter o custodiado além da sua pena para o estado, sociedade e para o próprio custodiado.

A metodologia do trabalho é de uma revisão bibliográfica crítica com uso de artigos científicos, livros e jurisprudência.

No primeiro capítulo será abordado sobre a culpabilidade, que é o instituto da teoria do delito. Para caracterizá-lo, é necessário que o fato seja típico, ilícito e reprovável, agindo o agente com consciência potencial de ilicitude. Os inimputáveis são agentes que não podem ser responsabilizados por não terem o discernimento necessário para entender sobre a ilicitude do

fato e são isentos de pena. Os semi-imputáveis têm a sua pena reduzida.

No segundo capítulo, após cumpridos os requisitos determinados no Código Penal, o juiz aplica a pena baseado no exame de sanidade mental e, se considerado, aplicará a medida de segurança ao considerado inimputável. Se confirmado pelo laudo que o agente é considerado semi-imputável, terá sua pena reduzida ou a liberdade restringida. Nesse sentido, quando imposta medida de segurança ou tratamento ambulatorial estas serão regidas pelos mesmos princípios constitucionais ao qual é regida a pena propriamente dita.

No último capítulo buscou-se demonstrar como os juízes e desembargadores entendem e tratam quem alega ser “inimputável ou semi-imputável”. Muitas vezes, estrategicamente, a defesa busca a isenção da pena para que o agente cumpra medida de segurança. Porém, conforme a lei, a inimputabilidade jamais é declarada se não for comprovada a sua doença através do exame de sanidade mental.

2 A CULPABILIDADE DOS INIMPUTÁVEIS E SEMI-IMPUTÁVEIS

A culpabilidade é um instituto da teoria do delito, adotado no sistema jurídico brasileiro, mesmo não tendo sido conceituada em nosso Código Penal. Para o agente ter seu ato considerado culpável, deve se analisar o fato típico. Se positivo, deve ser levada em consideração a ilicitude e reprovabilidade do fato e, por último, os aspectos relativos à autoria. Segundo Prado (2007), não há que se falar em culpabilidade sem tipicidade e ilicitude, devendo ser levados em consideração todos os elementos da autoria, como também os aspectos objetivos e subjetivos da conduta.

Para Bitencourt (2003), para ter a culpabilidade como fundamento da pena, devem se exigir vários requisitos, não só a aplicação da pena baseada em um fato típico e ilícito. Para o autor, é necessária a presença da capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta. Esses requisitos devem estar presentes. Em caso de ausência de qualquer um dos elementos, deve a aplicação da pena ser impedida.

Nesse contexto, complementa Nucci (2008), sobre a culpabilidade de o agente ter relação com a reprovação social que sobrevém do fato e seu autor, devendo o agente atuar com consciência potencial de ilicitude.

Dessa forma, compreende-se que, para caracterizar a culpabilidade, o fato deve ser típico, ilícito, reprovável, devendo o autor agir com consciência potencial de ilicitude. Para haver uma sanção, devem estar presentes os requisitos da capacidade de culpabilidade,

consciência de ilicitude e exigibilidade da conduta. Caso algum desses elementos não estejam presentes na fixação da pena, deve ser impedida.

Porém, a culpabilidade deve ser analisada sob outro ponto de vista aos agentes considerados inimputáveis e semi-imputáveis. A inimputabilidade é a ausência de características necessárias para que o agente possa ser responsabilizado pelo cometimento do fato típico, ilícito e reprovável.

Os inimputáveis, desde que submetidos a exames de sanidade mental, poderão ser isentos de pena, conforme preconiza o artigo 26 do Código Penal brasileiro:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (Brasil, CPB., 1984).

O artigo é enfático ao dizer que os considerados inimputáveis poderão ser isentos de pena, porém devem cumprir a medida de segurança, método curativo da doença, a ser cumprido em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico.

Ao contrário dos inimputáveis, os semi-imputáveis possuem compreensão da conduta ilícita e, com isso, não tem excluída a imputabilidade pelo cometimento do ato ilícito, apenas a sua redução de culpa, ficando o magistrado adstrito à redução de 1/3 a 2/3 da pena ou a aplicação da medida de segurança. O parágrafo único do mesmo artigo 26 supracitado, do Código Penal Brasileiro enfatiza:

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (Brasil, CPB., 1984).

Entretanto, para que seja isento ou tenha a pena reduzida, segundo o artigo 149 do Código de Processo Penal deve o acusado ser submetido a um exame de sanidade mental quando houver dúvida sobre a sua integridade mental, ordenando o juiz de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge, para que o acusado seja submetido ao exame de sanidade mental.

Depreende que o artigo supramencionado preconiza que o exame de sanidade mental não é automático e tampouco o torna obrigatório, ficando o juiz adstrito a submeter o acusado. Ademais, a dúvida quanto à sanidade do acusado pode originar-se de qualquer circunstância, desde que esteja retratada nos autos, ou seja, somente a alegação do acusado não basta para

isentá-lo ou reduzir a sua pena.

Em decisão proferida no Superior Tribunal de Justiça em julgamento de Habeas Corpus, entendeu a Egrégia Corte que não caracteriza o cerceamento de defesa o indeferimento do exame de sanidade mental se não há dúvida sobre a integridade do acusado, não bastando o simples requerimento da parte para que o procedimento seja instaurado.

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL E DIREITO PENAL. CRIME SEXUAL. PROVA PERICIAL. HIGIDEZ MENTAL. INDEFERIMENTO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. CONTINUIDADE DELITIVA. RECONHECIMENTO EM PARTE. 1. Devidamente fundamentado o indeferimento do exame de sanidade mental do paciente, não há falar em cerceamento de defesa. 2. Distinguindo, à luz da própria letra da sentença, grupos de delitos que, pelas circunstâncias de tempo, lugar e forma de execução, podem ser tidos e havidos como integrados na unidade jurídica do crime continuado, a redução da pena é medida que se impõe. 3. Ordem parcialmente concedida (Brasil, STJ, 2008).

Reconhece-se, dessa forma, que o juiz fez o indeferimento do exame de sanidade ao entender que não havia o que se falar no acusado ser inimputável ou semi-imputável, e fundamentando a sua decisão. O STJ entende que não existe cerceamento de defesa neste caso.

O exame também pode ser requerido ao juiz pela autoridade policial ainda na fase do inquérito, devendo ser feito com no máximo quarenta e cinco dias, salvo se os peritos necessitarem de maior prazo, desde que demonstrado. Depois de feito o exame de sanidade e colhidas as provas, sejam testemunhais ou ainda materiais, em caso de dúvida do magistrado, deve considerar que a presunção sempre irá recair sobre a inimputabilidade do acusado. O magistrado fica protegido pelo princípio do livre convencimento do juiz, desde que fundamente sua decisão.

Outro ponto relevante do tema trata sobre a questão de o acusado adquirir a doença (inimputabilidade) depois de ter praticado o fato, além de verificar se era imputável à época dos fatos e se responde pelos fatos praticados. Porém, se é acometido de doença durante ou após o processo, o exame deverá determinar a suspensão do processo até o reestabelecimento do acusado. O artigo 152 do Código de Processo Penal destaca “se se verificar que a doença mental sobreveio à infração o processo continuará suspenso até que o acusado se restabeleça”, observado o § 2º do art. 149.

Esse mesmo artigo, em seu parágrafo 1º, refere-se ao fato de que no caso de doença que foi o acusado acometido durante ou após o processo, pode o juiz ordenar a prisão do acusado em estabelecimento adequado ou até em manicômio judiciário onde lhe seja assegurada a custódia.

No caso de acolhimento do pedido para se realizar o exame de sanidade, existem critérios para avaliação dos inimputáveis e semi-imputáveis, devendo os peritos responder quesitos formulados primeiramente a quem solicitou o exame seguido do Ministério Público ou vice-versa.

Os peritos devem responder aos quesitos formulados, pois a falta de resposta gera a nulidade da perícia e, assim, deve o juiz decretar que seja feita uma nova perícia com o acusado. Salientando-se que o laudo dos peritos deve ser composto por questões como o quadro clínico do acusado, demonstrando se é ou não portador da doença mental, ou se possui desenvolvimento incompleto ou retardado. Deve o perito, ainda, atentar à capacidade do acusado no momento em que este cometeu o crime. Nesse sentido, expõe a jurisprudência: “Os peritos, nos incidentes de insanidade mental, devem responder aos quesitos formulados pelo juiz e pelas partes interessadas, sob pena de nulidade, devendo repetir-se a perícia.” (TJRN-Rec. – Rel. Caio Alencar- RT 725/645)

E, conforme explanado anteriormente, o juiz não precisa ficar adstrito ao exame de sanidade, tendo livre arbítrio para rejeitá-lo, conforme jurisprudência proferida pelo STJ:

Processual penal- Recurso de Habeas Corpus- Exame de sanidade mental- Rejeição de laudo pelo juiz- Pretensão de nulidade da sentença condenatória. “O magistrado não fica vinculado ao laudo pericial médico apresentado, podendo apreciar livremente o conjunto, na formação de sua convicção. Inadmissível a arguição de nulidade, na restrita via de habeas corpus, se esta não se apresenta manifesta, extreme de dúvidas ou incerteza. Recurso improvido” (Brasil, STJ.,-1994).

Após a apresentação do laudo pelos peritos, o juiz homologa-os aos autos e, se for o acusado considerado inimputável, o processo deverá continuar seguindo com o curador, conforme o artigo 149 parágrafo 2º do Código de Processo Penal, para a realização das diligências do acusado, tendo em vista que não tem capacidade para estar em juízo. Se os peritos entenderem que o acusado é imputável e capaz de entender os atos ilícitos praticados, o processo seguirá normalmente, porém sem a presença do curador.

3 APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA EM HOSPITAIS DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO

Após a realização do exame de sanidade mental, através da sentença do juiz determinando a culpabilidade do agente, aplica-se a pena e, estando o magistrado com o exame de sanidade mental devidamente homologado ao processo, resolverá se o réu é considerado inimputável ou semi-imputável. Caso seja considerado, deverá o juiz analisar a periculosidade

do agente e aplicar-lhe a medida de segurança.

Segundo Bitencourt (2003), para haver a substituição da pena por medida de segurança, deve a pena fixada ser exclusivamente a privativa de liberdade.

Posteriormente, deve o réu ser enquadrado no Código Penal, no capítulo “Das medidas de segurança”, em que o magistrado, ao decretar a sentença, precisa se basear nesse capítulo para fundamentar sua decisão.

O título VI do Código Penal trata, em seu artigo 96 e respectivos, as espécies de medidas de segurança em seu inciso I aborda: “Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado”(Brasil, 1940).

Ao final desse inciso, tem-se a expressão “à falta”, que deve o réu ser internado em outro estabelecimento adequado. Nessa senda, o inciso II do mesmo artigo, diz que deve ser o réu sujeitado a “tratamento ambulatorial” caso o crime seja punível com detenção, conforme artigo 97 do Código Penal (Brasil, 1940).

Marcão (2007, p. 101), traz uma crítica ao modelo que é adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Acerca das medidas de segurança, ensina que:

O que se vê na prática são executados reconhecidos por decisão judicial como inimputáveis, que permanecem indefinidamente no regime fechado, confinados em cadeias públicas e penitenciárias, aguardando vaga para a transferência em hospital. De tal sorte, desvirtua-se por inteiro a finalidade da medida de segurança.

O ordenamento traz a teoria sem ter observado que na prática não há vagas no sistema para que o inimputável e o semi-imputável cumpram a medida de segurança. Assim, fica em estabelecimentos prisionais comuns, o que contraria a norma brasileira e infringe princípios constitucionais.

O inimputável, por ser considerada uma pessoa perigosa, deverá cumprir a medida de segurança em hospital de custódia ou tratamento psiquiátrico. Já o semi-imputável, analisado a sua culpabilidade, terá sua pena reduzida de 1/3 a 2/3, devendo ter sua liberdade restringida e só irá ter a pena alterada para medida de segurança se provado sua doença através do exame de sanidade mental.

Para Bitencourt (2003), existem quatro diferenças entre pena e medida de segurança. As penas possuem o cunho retributivo-preventivo, sua aplicação é baseada na culpabilidade do agente, são determinadas e só são aplicáveis aos imputáveis e semi-imputáveis. Já a medida de segurança tem natureza exclusivamente preventiva, a aplicação é baseada exclusivamente na periculosidade do agente, é por tempo indeterminado e a medida de segurança é aplicada aos

inimputáveis. Só é aplicada aos semi-imputáveis, excepcionalmente, quando necessitarem de tratamento curativo especial, desde que comprovado pelo perito no exame de sanidade mental. O artigo 97 do Código Penal trata da imposição da medida de segurança ao inimputável, segundo o qual deve o juiz, baseado no artigo 26 do mesmo código, determinar a internação e, em caso de crime punível com detenção, deve submeter o agente a tratamento ambulatorial. Destaca-se “Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial”(Brasil, 1940).

O parágrafo único do mesmo artigo trata que, em ambos os casos, perdura por tempo indeterminado, somente podendo ser cessada a internação ou tratamento através do exame de sanidade mental, a fim de que se comprove o término da periculosidade. Apesar disso, pode o juiz, respeitando o artigo, fixar um prazo mínimo que deve ser de 01 (um) a 03 (três) anos. “A internação, ou tratamento ambulatorial será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos. ”, observado o § 1º do art. 97 do Código Penal (Brasil, 1940).

Portanto, para que se demonstre a cessação da periculosidade do agente, deve ser realizado o exame de sanidade mental ao fim do período mínimo ao qual impôs o juiz na sentença. Ao realizar o exame e, sendo constatado pelo perito que o agente não apresenta mais a periculosidade, motivo o qual estava cumprindo a medida de segurança, deve este ser colocado em liberdade.

A Lei de Execuções Penais, em seu artigo 101, discorre que o tratamento ambulatorial aos agentes previstos no artigo 97 do Código Penal deve ser cumprido em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico ou outro local que tenha assistência médica adequada, não podendo ser cumprido em outro local, o que contraria a lei. (Brasil, 1984).

Segundo Ferrari (2001), o tratamento ambulatorial jamais poderia ser cumprido em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico. O legislador deveria dizer que o tratamento ambulatorial deveria ser cumprido em local diverso onde estão os internados e que se exijam para, esses casos, instrumentos médicos adequados para o tratamento terapêutico. Além disso, é preciso condicionar o controle eficiente da administração, existindo a possibilidade do agente regredir ao internamento.

Com o entendimento, vê-se a posição contrária ao sistema que está implantado até os dias de hoje. Analisada a crítica, pode-se apreciar que o tratamento é para o crime punível com detenção, ou seja, de menor potencial ofensivo e o legislador coloca em um mesmo estabelecimento aqueles que são inimputáveis e semi-imputáveis, considerados agentes

perigosos e que ainda ficarão internados por tempo indeterminado. Tal fato não pode ocorrer, pois os tratamentos dos que estão internados são diferenciados dos que estão submetidos ao ambulatorial, deixando de se ter uma atenção especial e exclusiva aos internados.

Assim, como a pena é regida por princípios constitucionais e não pode ser violada, a medida de segurança também é regida pelos mesmos princípios e devem ser respeitados integralmente. Dentre os princípios, os mais importantes são: os princípios da legalidade, da proporcionalidade, da intervenção mínima e da dignidade da pessoa humana.

Prado (2007, p.131) ensina sobre os princípios da seguinte forma:

Os princípios penais constituem o núcleo essencial da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito – suas categorias teóricas –, limitando o poder punitivo do Estado, salva guardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal conforme a Constituição e as exigências próprias de um Estado democrático e social de Direito. Em síntese: servem de fundamento e de limite à responsabilidade penal.

O princípio da legalidade, muito importante no Código Penal Brasileiro e destacado na Constituição Federal, é aquele que, segundo o artigo 5º, inc. XXXIX, diz que não há crime nem pena sem lei anterior que o defina. Portanto, exige-se a existência de uma lei para que garanta os valores do Estado Democrático de Direito. (Brasil, 1988)

Segundo Ferrari (2001), esse princípio trata de uma limitação ao *jus puniendi* do Estado, pois é necessária uma lei como garantia para punir e ter-se o Estado Democrático de Direito. A medida de segurança, sendo uma espécie de punição, restringe o agente de bens jurídicos individuais. Esse princípio tem o objetivo de evitar que o juiz, por livre arbítrio, imponha medidas que não estejam previstas em lei.

O princípio da proporcionalidade traz em seu bojo como o juiz deve analisar o agente ao sentenciá-lo, levando em consideração vários aspectos, como está previsto no artigo 59 do Código Penal destaca-se “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime ” (Brasil, 1984).

Acerca desse princípio, Beccaria (2002, p. 91-92) ensina que:

Um dos maiores freios aos delitos não é a crueldade das penas, mas sua infalibilidade e, em consequência, a vigilância dos magistrados e a severidade de um juiz inexorável, a qual, para ser uma virtude útil, deve vir acompanhada de uma legislação suave. A certeza de um castigo, mesmo moderado, causará sempre a impressão mais intensa

que o temor de outro mais severo, aliado à esperança de impunidade.

Logo, esse princípio busca que a punição corresponda à gravidade do delito, a fim de que não seja tão insignificante para que motive a vingança privada como sinônimo de impunidade e nem tão rigorosa ao ponto de extrapolar a culpa do agente.

O princípio da intervenção mínima orienta e limita o poder incriminador do Estado, porém é necessário ressaltar que a criminalização de uma conduta só será legitimada se for constituída como meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Caso existam outras formas de punição como administrativas ou civis, contanto que sejam suficientes para proteger o bem, a punição será válida. Portanto, o Direito Penal só assume a obrigação de punir caso as outras formas de sanção fracassem.

Segundo Prado (2014), o princípio da intervenção mínima restringe o *jus puniendi* do Estado como uma forma de orientação política criminal, o que faz com que a limitação rompa com a essência do Direito Penal e do Estado Democrático de Direito.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos mais importantes, o qual está regido pela Constituição Federal em seu artigo 1º. Esse princípio deve estar presente em todas as fases do processo penal e também na execução da pena, incluindo a medida de segurança.

Segundo Greco (2015, p.65):

Contudo, embora de difícil tradução, podemos nos esforçar para tentar construir um conceito de dignidade da pessoa humana, entendida esta como uma qualidade que integra a própria condição humana, sendo, em muitas situações, considerada, ainda, como irrenunciável e inalienável. É algo inerente ao ser humano, um valor que não pode ser suprimido, em virtude da sua própria natureza. Até o mais vil, o homem mais detestável, o criminoso mais frio e cruel é portador desse valor.

Esse princípio deve ser respeitado integralmente, a fim de que não viole a norma brasileira mais importante que é a Constituição Federal. Assim, aquele que cumpre a pena ou a medida de segurança possa ter condições mínimas de tratamento. Os que estão internados ou cumprem medidas de segurança tenham a presença de profissionais capacitados para o tratamento, uma progressividade terapêutica. Com isso, manterão sua integridade inviolada e conseguirão o objetivo principal da pena, que é a ressocialização ou da medida de segurança, método curativo ou a considerável melhora da doença.

Logo, reafirmando o que foi exposto pelos doutrinadores brasileiros, o sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro não condiz com o objetivo da pena, que deve ser cumprida em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, o que seria a melhora ou a cura da doença. Os inimputáveis ou semi-imputáveis que praticam o crime e a pena deste é punível com

detenção, não cumprem o tratamento ambulatorial ao qual prevê o Código Penal e são esquecidos em estabelecimentos prisionais comuns, o que é um erro gravíssimo, trazendo inúmeras críticas por parte dos doutrinadores, pois a finalidade do tratamento jamais será cumprida e o interno não terá progressão no tratamento de sua doença.

4 A DOENÇA MENTAL: UMA DISCUSSÃO JURIDICA NOS DIAS ATUAIS

No tocante aos inimputáveis e semi-imputáveis, os magistrados brasileiros, conforme estabelecem os artigos supramencionados, deve ser comprovada, através do exame de sanidade mental (art.149 Código de Processo Penal) do acusado, se este é considerado inimputável ou não. Segundo o processo a qual foi julgado pela 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, a Egrégia Corte decidiu por não aplicar as medidas de segurança ao acusado, pois não foi comprovada a sua inimputabilidade:

FURTO SIMPLES – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR INIMPUTABILIDADE OU PELA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – NÃO ACOLHIMENTO – INIMPUTABILIDADE DO ACUSADO NÃO COMPROVADA E INEXISTÊNCIA DE EMBASAMENTO LEGAL – DESCABIDO APLICAR O PRIVILÉGIO – ACUSADO PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES E REINCENTE ESPECÍFICO – PENAS E REGIME INICIAL FECHADO ADEQUADAMENTE ESTABELECIDOS - Recurso não provido (Brasil, TJ-SP., 2017).

Portanto, apesar da alegação de que o acusado era inimputável, o argumento feito pela defesa na primeira fase do processo não prosperou, pois em nenhum momento foi requerido que fosse feito o exame de sanidade mental. Com isso, o Juízo “a quo” entendeu que não haveria necessidade de um exame de sanidade mental e, no Recurso de Apelação ao qual a defesa recorre da decisão, a sentença foi mantida pelo desembargador relator Amaro Thomé no sentido de que “[...]. Em nenhum momento houve indícios ou provas de que o apelante não era capaz, à época dos fatos, de entender o caráter ilícito do seu ato. A defesa não requereu, em nenhum momento processual, a instauração de incidente de insanidade mental [...]”.

Nesta senda, o TJ-MG entende que, se o exame de sanidade mental não é requerido na 1ª fase, é impossível requerê-lo na fase recursal, considerando-se a preclusão temporal do pedido.

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL EM ÂMBITO DOMÉSTICO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INIMPUTABILIDADE PENAL. NÃO COMPROVAÇÃO. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL. PRECLUSÃO. 1. A inimputabilidade penal por sofrimento mental é questão técnica que não prescinde de prova produzida sob o crivo

do contraditório, mediante a instauração do competente incidente processual, não podendo seu reconhecimento se basear em documentos particulares, produzidos unilateralmente, que se limitam a expor o quadro de saúde do acusado, sem se ater aos reflexos disso sobre sua imputabilidade penal, o que somente um perito judicial poderia avaliar adequadamente. 2. Incide a preclusão sobre o pedido de instauração de incidente de insanidade mental formulado originariamente em grau recursal (Brasil, TJ- MG, 2019).

Neste recente entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o acórdão faz menção ao fato de que na 1ª fase do processo a defesa apenas trouxe aos autos documentos particulares do acusado e o fato de que não pode o Juiz se basear apenas nestes documentos. Por não ter vislumbrado que o acusado tinha problemas quanto à sua sanidade, nem o magistrado nem o Ministério Público entenderam que era necessário submeter o acusado ao exame. Ao mesmo tempo, a defesa não fez o pedido ao início do processo, portanto não pode ser feito na fase recursal baseado no instituto da preclusão o qual foi denegado o recurso da defesa. O relator em seu voto entendeu que “[...]. Não se trata, assim, de pessoa notoriamente inimputável, pelo que a tese da defesa reclamaria substrato probatório que não foi produzido a tempo e modo, valendo destacar que o pedido de instauração do incidente, formulado apenas no presente recurso, é intempestivo e impróprio [...]”.

Levando em consideração esses julgados, vê-se que a teoria e realidade estão coadunadas. O que está previsto nos artigos do Código Penal, Código de Processo Penal, Lei de Execuções Penais e Constituição Federal é seguido minuciosamente pelos juízes e desembargadores, não tendo a defesa alegação para tentar reformar uma sentença proferida pelo Juízo de 1º grau.

Por outro lado, outra questão relevante para o tema é o fato de que os Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico no Brasil não possuem estruturação nem a quantidade de profissionais capacitados para cumprirem a finalidade da internação ou das medidas de segurança, que é a melhora da doença e a ressocialização do indivíduo. Portanto, o que é decretado em sentença, à falta de suporte técnico desvia a finalidade.

Em acórdão de Apelação Criminal proferida no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, o desembargador relator decidiu baseado nos seguintes quesitos:

APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL E PROCESSO PENAL. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. CONDENAÇÃO MANTIDA. INIMPUTABILIDADE RECONHECIDA. EXAME PSIQUIÁTRICO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA IMPRÓPRIA. MEDIDA DE SEGURANÇA. INTERNAÇÃO. MANTIDA. [...]2. Diante de Laudo de Exame Psiquiátrico concluindo que o réu era, ao tempo dos fatos, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato imputado na denúncia, ou, de determinar-se de acordo com este entendimento, necessitando de atendimento médico especializado, internação psiquiátrica em instituição com acompanhamento

psiquiátrico regular, ministração de medicamentos e acompanhamento multidisciplinar; e ainda, concluindo que a periculosidade dele está associada a transtornos, e possui potencialidade para praticar ações lesivas a si e a terceiros, impõe-se a sua internação em hospital psiquiátrico. 3. Negado provimento ao recurso (Brasil, TJ-DF, 2018, p.95)

A Associação Brasileira de Psiquiatria fez uma avaliação a respeito dos Hospitais de Custódia no Brasil onde foram visitados 09 Hospitais de um total de 22 estabelecimentos que o Brasil possui, e chegou-se à conclusão de que os Hospitais não cumprem a finalidade a qual estabelece a Lei. Há falta de suporte técnico, a estruturação é precária, não há o devido acompanhamento multidisciplinar, o que ocasiona o aumento do número de reincidentes. Há também uma crítica no sentido da estrutura arquitetônica dos hospitais, os quais se assemelham a instituições prisionais, o que nestes casos é um erro, pois dificulta a compreensão do réu entre “tratamento e punição”. Nos estabelecimentos, também foi verificado que há um número excessivo de pacientes para a equipe disponível. Em uma pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em outubro de 2018, há um total de 3.134 internos, divididos em 22 hospitais. O maior Estado com o número de internos é São Paulo, com 1.269 internos para 03 hospitais, o que totaliza 423 internos por estabelecimento.

A falta de suporte técnico gera uma sobrecarga nos psiquiatras que trabalham nos estabelecimentos. Eles devem fazer o Exame de Verificação de Cessação da Periculosidade e, com o grande número de internos na fila para fazer o exame, o tempo de espera chega a durar 05 anos. Esse fato gera a superlotação e dificulta o tratamento dos internos que precisam do tratamento. Além disso, fere os limites da pena, extrapola o que foi aplicado na sentença, ocasionando uma baixa efetividade no programa de recuperação e melhoraria da doença do paciente, gerando a impossibilidade de ressocialização e extrapolar a punição ao paciente.

Logo, após análise dos julgados que ocorreram em três Estados diferentes, os desembargadores brasileiros estão em uma mesma direção no sentido de que se deve reconhecer a inimputabilidade do agente na 1ª fase do processo, não podendo ser alegada em momento posterior no sentido de anular a sentença condenatória, o que, no entendimento dos desembargadores, não caracteriza cerceamento de defesa.

O caráter da perpetuidade que o cumprimento das medidas de segurança e/ou tratamento ambulatorial traz, gera grande consequência aos internos, à sociedade e ao Estado, como um todo. O interno, por não ter aquele acompanhamento devido, faz com que, ao passar dos anos, sua doença passe a ser incurável. Se tivesse sido acompanhado e medicado corretamente, poderia conseguir a melhora ou até a cura da doença. Para a sociedade, traz uma sensação de que a lei é falha e o sentimento de insegurança predomina. Para o Estado, após o agente ficar

por muitos anos internado, às vezes até extrapolando o limite máximo da pena, decreta que a doença do internado é incurável, transfere sua responsabilidade para a esfera civil e provoca a interdição civil do paciente, já que a cura não ocorreu.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A culpabilidade é a base do sistema jurídico brasileiro elencada no Código Penal, ao qual deve ser levada em consideração a ilicitude e reprovabilidade do fato e autoria. Para ser caracterizada a culpabilidade, devem ser levados em consideração diversos fatores, tais como, o autor do fato agir com consciência potencial de ilicitude. Se o agente não tiver o discernimento necessário, deve ser considerado inimputável.

A inimputabilidade é a ausência de características para que o agente seja responsabilizado pelo cometimento do fato típico, ilícito e reprovável. Para que seja decretada a inimputabilidade do agente, é necessário que este seja submetido ao exame de sanidade mental.

O Código Penal adota a teoria biopsicológica por não restringir a ação do Juiz, vinculando-o sempre ao laudo médico, afastando a possibilidade das decisões arbitrárias acerca da capacidade do agente de entender o caráter da ilicitude do fato. Caso o Ministério Público ou juiz não peçam, o réu deve produzir prova de sua higidez mental através do exame de sanidade mental e, em caso positivo de que o agente era incapaz de entender sobre a ilicitude do fato, deverá ser isento de pena.

Nesta senda, os semi-imputáveis possuem compreensão da conduta, porém o seu discernimento é reduzido, ficando, assim, o magistrado adstrito a reduzir a pena de 1/6 a 2/3 ou aplicar-lhe a medida de segurança. Após a realização do exame de sanidade mental e estando este devidamente homologado ao processo, em caso de confirmação de incapacidade, deve o juiz analisar a periculosidade do agente e aplicar-lhe a redução da pena ou a medida de segurança.

A medida de segurança no Brasil aplicável aos inimputáveis e semi-imputáveis deverão ser cumpridos em Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico. A imposição da medida de segurança ao inimputável deve ser analisada se o crime é punível com pena de detenção. Se positivo, deve o agente ser submetido a tratamento ambulatorial.

O tempo de internação, em ambos os casos, perdura por tempo indeterminado, devendo a internação ter um prazo mínimo de 01(um) a 03(três) anos. Dessa forma, só será o agente

colocado em liberdade após a realização de perícia médica realizada ao final do tempo mínimo fixado na sentença, através do exame de sanidade mental, a fim de que se determine a cessação da periculosidade.

Assim, como a pena que deve ser cumprida em estabelecimentos prisionais comuns, a medida de segurança ou tratamento ambulatorial, que serão cumpridos em Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, devem ser regidos pelos mesmos princípios constitucionais que serão aplicados na pena, sendo eles, o princípio da legalidade, proporcionalidade, intervenção mínima e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em análise de julgados de Apelações Criminais, os Tribunais de Justiça entendem que, se o exame de sanidade mental não for requerido na primeira fase do processo, não pode ser alegado cerceamento de defesa, ao tempo que é impossível requerê-lo na fase recursal, considerando-se a preclusão temporal do pedido. O que se pode observar é que a mera alegação da defesa de que o agente é inimputável não tem o condão de derrubar uma sentença condenatória. Os desembargadores dos três Estados julgam nesse mesmo sentido, dando maior embasamento e fundamentação jurídica para outros Tribunais caminharem na mesma diretriz no julgamento de outros processos, proporcionando maior segurança para o réu no processo. Nesse sentido, é menor o índice de condenações consideradas injustas.

Ademais, se somente for alegado pela defesa a inimputabilidade do agente, mas não for feito o pedido, o Juiz e o Ministério Público não têm a obrigatoriedade de fazê-lo. Por isso, deve a defesa fazer o pedido, ou seja, a mera alegação, sem a realização do devido exame de sanidade mental, não basta para que seja isento de pena ou ainda caracterizado o cerceamento de defesa

Após breve análise da pesquisa feita em Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico pela Associação Brasileira de Psiquiatria, chegou-se à conclusão de que a finalidade da imposição da medida não está sendo cumprida pela falta de suporte técnico, estruturação precária e não há o devido acompanhamento multidisciplinar. Há ainda o número excessivo de pacientes que não recebem o tratamento adequado pela falta de medicamentos e profissionais, o que gera uma sobrecarga nos serviços e acarreta a demora em realizar o Exame de Verificação da Cessação da Periculosidade. Dessa forma, alguns internos esperam cerca de cinco anos para realizar o exame, gerando a superlotação e ferindo os limites mínimos de pena fixados na sentença, que deve ser de 01(um) a 03(três) anos.

As sequelas de manter o agente internado por mais tempo do que o devido faz com que a doença não tenha a progressão esperada e, conseqüentemente, a gravidade da doença poderá

piorar com o passar dos anos, já que o objetivo da internação é de trazer o método curativo da doença ou ainda sua melhora considerável. Assim, não há como o agente se reinserir na sociedade, pois como falar em ressocialização sem o devido tratamento? Os próprios familiares dos internos sabem que não há como trazê-lo ao convívio social e familiar novamente. Para o Estado, além dos altos gastos de manter um interno, com o passar do tempo, apenas “transfere” sua responsabilidade para os familiares. O fato do interno não ter melhorado e não demonstrar a melhora faz com que o Estado decrete sua interdição civil, para, assim, livrar-se da responsabilidade de manter uma pessoa sob sua custódia. Dessa forma, a família vê-se obrigada a assumir esse papel, apesar do Estado ter sido omissos e negligente, tornando-se um ciclo ininterrupto.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, C. **Dos Delitos e Das Penas**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**. v. 1 – Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Para onde vai quem comete crime e sofre de doença mental**. 2018. Disponível em: http://cnj.jus.br/noticias/cnj/87777-para-onde-vai-quem--comete-crime-e-sofre-de-doencamental?utm_source=feedburner&utm_medium=Feed%3A+noticiascnj%2FmZae+%28NOT%C3%8DCIAS_CNJ%29. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Rio de Janeiro: RJ, 1941.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Rio de Janeiro: RJ, 1940.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. Brasília: DF, 1984.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 2017.0000564161**. Relator: Desembargador Amaro Thomé. Julgado em 03 agosto 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação nº 1.0134.16.002691-7/001**. Relator: Desembargador Marcílio Eustáquio Santos. Julgado em 06 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Apelação nº 1137024**. Relator: Desembargador João Timóteo de Oliveira. Julgado em 08 nov. 2018.

FERRARI, E. R. **Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO, R. **Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas**. 2.ed. Niterói: Impetus, 2015.

HOSPITAIS DE CUSTÓDIA NO BRASIL: AVALIAÇÃO E PROPOSTAS. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Psiquiatria, 2019. Disponível em: http://www.abpbrasil.org.br/comunicado/arquivo/comunicado-104/MANUAL_FORENSE-18_10_Joao_2.pdf. Acesso em: 25 fev. 2019.

JESUS, D. E. de. **Direito Penal**: parte geral. v. 1. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. JUSTIÇA, Conselho Nacional de. CNJ Serviço: **o que é “incidente de insanidade mental”?** 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87680-cnj-servico-o-que-e-incidente-de-sanidade-mental>. Acesso em: 11 abr. 2019.

MARCÃO, R. **Curso de execução penal**. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

NUCCI, G. de S. **Código Penal Comentado**. 9. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, L. R. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume 1: parte geral. 1. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SCANDELARI, G. Br. **Incidente de insanidade mental: anotações aos arts. 149 a 154 do cpp com referências à jurisprudência**. Revista Judiciária do Paraná, Paraná, v. 13, p.123-142, 2017. Disponível em: <https://dotti.adv.br/incidente-de-insanidade-mental-anotacoes-aos-arts-149-154-do-cpp-com-referencias-jurisprudencia/>. Acesso em: 13 fev. 2019.

LIBERDADE PARENTAL E HIPOTÉTICO DIREITO DE PROcriação: AS IMPLICAÇÕES DA REALIZAÇÃO DE INSEMINAÇÕES CASEIRAS

MORAES, Ana Paula Bagaiolo de Moraes¹

SILVA, Bruna Balduino Rodrigues da²

ISSUE DOI: 10.3738/1982.2278.4585

RESUMO: O presente trabalho de conclusão de curso traça o panorama da realização da inseminação caseira, constatando suas consequências no âmbito biológico e medicinal, bem como a ausência de recepção do procedimento pelo ordenamento jurídico brasileiro, representado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e Código Civil de 2002. Para tanto, utiliza-se como elemento norteador do presente trabalho, revisão bibliográfica crítica, abordando a evolução do direito de família, elencando o elemento afetivo como escopo central, analisando os novos modelos de família existentes em uma comparação com os que se encontram explicitamente previstos na Constituição Federal de 1988. Outrossim, nesse campo de análise, o presente trabalho, examina a ocorrência da inseminação caseira pela ótica da liberdade de criação de projetos parentais descrita na Constituição. Embora a inseminação caseira não se encontre proibida de forma expressa pela legislação, evidenciando todas as suas intercorrências denota-se sua fragilidade e não receptividade.

Palavras-chave: Inseminação caseira. Consequência. Não receptividade.

PARENTAL FREEDOM AND THE HYPOTHETICAL RIGHT TO PROCREATION: THE IMPLICATIONS OF PERFORMING HOME INSEMINATIONS

SUMMARY: This course conclusion work outlines the panorama of the realization of home insemination, noting its consequences in the biological and medicinal sphere, as well as the lack of reception of the procedure by the Brazilian legal system, represented by the Child and Adolescent Statute and the Civil Code of 2002. For this purpose, a critical bibliographic review is used as the guiding element of this work, addressing the evolution of family law, listing the affective element as the central scope, analyzing the new existing family models in a comparison with those that are found, explicitly foreseen in the Federal Constitution of 1988. Furthermore, in this field of analysis, the present work examines the occurrence of home insemination from the perspective of the freedom to create parental projects described in the Constitution. Although home insemination is not expressly prohibited by legislation, showing all its complications, its fragility and non-receptiveness is denoted.

Keywords: Home insemination. Consequence. Non-receptiveness.

1 INTRODUÇÃO

A liberdade na formação dos projetos parentais desenvolvida através de diversos processos tem-se apresentado como escopo para a criação de novos modelos familiares, que não possuem previsão legal. Permeando tal complementação, baseando a liberdade e o afeto como alicerces da família se destaca a ocorrência da inseminação caseira que tem ganhado espaço nessa dinâmica, sendo tratada como um método alternativo de concepção em paridade

¹ Doutora em direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP. Docente na Faculdade Dr. Francisco Maeda – FAFRAM/SP desde 2011. Advogada.

² Bacharel em direito Faculdade Dr. Francisco Maeda – FAFRAM/SP.

com a inseminação artificial comum, determinada pela Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, realizada em clínicas especializadas e com todo acompanhamento recomendado, considerando os altos custos da segunda.

Envolto em toda essa dinâmica, casais homossexuais e heterossexuais que possuem problemas de reprodução filiam-se ao procedimento, realizado através de um terceiro envolvido que atuará como doador do sêmen a ser introduzido posteriormente no corpo da companheira ou então, de uma pessoa vinculada, que empreenderá no mecanismo denominado “maternidade por substituição” gerando aquela vida e posteriormente, entregando-a para os cuidados dos “pais iniciais”.

A realização de tal procedimento destaca um dos preceitos da liberdade constitucional de criação de projetos parentais próprios, regulados livremente pelos envolvidos, e, sem intervenção do Estado. Não obstante, o método apresenta lacunas que se inserem desde a primeira fase de sua realização, configurando riscos à saúde dos envolvidos e do que será concebido, afetando juridicamente as relações, esculpindo ainda a criação de figura atípica no ordenamento jurídico brasileiro: pai biológico sem obrigações legais com o filho.

Posto isso, a justificativa do presente artigo se encontra respaldada no grau de complexidade do tema e na ausência de mecanismos que versem e assegurem a recepção do procedimento e os efeitos que sua realização implica, essencialmente, ao se afastar amplamente dos preceitos determinados pela Resolução 2.168/2017 e os problemas de filiação.

Neste diapasão, o objetivo do artigo será analisar as situações em que a inseminação caseira foi tratada como uma opção, visando-se alcançar o espectro de sua realização, bem como estudar as consequências bioéticas e jurídicas deste, alcançando a análise de sua recepção pelo Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A metodologia vincula à revisão bibliográfica crítica, considerando, inclusive, informações noticiadas por grandes meios de comunicação visando-se rastrear a conduta, analisando-se as normas deontológicas da medicina, da bioética e do direito a respeito do tema.

Para melhor coadunação das ideias, o primeiro capítulo tratará a base das novas configurações familiares, baseadas em um princípio contemporâneo de busca por felicidade e realização pessoal, convergindo com o item 1.1, que tratará da autonomia conferida pela Constituição Federal de 1988 para a criação e gestão de projetos parentais próprios, regulados pelos termos dos envolvidos. Vinculando de forma específica a realização das inseminações caseiras se insere o capítulo dois contrapondo- a com as inseminações artificiais realizadas de acordo com a Resolução 2.168/2017, tratando ainda sobre a forma em que a manipulação dos

gametas reprodutivos é realizada nos casos de inseminação caseira, questionando a segurança do procedimento à luz das normas deontológicas da medicina.

Iniciando a análise das consequências da realização da inseminação caseira se inicia o terceiro capítulo, catalogando a afronta ao anonimato descrito na Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, enfatizando, por resultado, a precariedade de eventuais contratos que regulem a doação de gametas para o procedimento. Ainda neste escopo, se estuda a criação de figura atípica no ordenamento jurídico brasileiro considerando a paternidade biológica e ausência de obrigações em relação ao filho concebido por inseminação caseira.

Ao final, tem-se a análise do melhor interesse da criança para avaliar a recepção da realização pelo ordenamento jurídico brasileiro, essencialmente, pelo Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente.

2 O PRINCÍPIO EUDEMONISTA COMO NORTEADOR DO NOVO DIREITO DE FAMÍLIA

O conceito de família passou por diversas alterações ao longo dos processos históricos, permeando diversos fenômenos que desencadearam em sua repersonalização e o configurasse através de uma ótica eudemonista, visando o espaço em que os integrantes utilizam para alcançar suas metas, objetivos e sonhos, colocando-a como a materialização da felicidade e desvinculando-a de modelos estáticos (Rosa, 2019).

Com essa análise, tem-se o reconhecimento da família instrumental ou eudemonista, descrevendo-a, em um sentido literal da palavra grega eudamonia que se percebe em “eu=boa” e “daimons” (demônios, espíritos), elencando, conforme Zimmerman (2012 citado por Rosa, 2019): “felicidade é viver com bons espíritos”, designando a família como meio para proporção da felicidade de seus integrantes.

Renunciando em parte o caráter patrimonialista descrito no Código Civil de 01º de janeiro de 1916 (Brasil, 1916), a contemporaneidade formalizada em âmbito nacional essencialmente pela Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988) vincula a repersonalização do direito de família, constatando o reconhecimento da nova realidade social, conferindo a ela previsão e proteção jurídica. Nesta nova percepção, o direito de família contemporâneo é visto por meio de uma dinâmica horizontal com vias para a proporção da educação e desenvolvimento da eventual prole, prezando por um espaço de diálogo, percepções, coerência, felicidade e harmonia.

Correlacionado a isso, em uma esfera constitucional, segundo Rosa (2019) o instituto

familiar é contemplado a partir de uma dinâmica dupla, prezando, em um primeiro aspecto, pela liberdade da família perante o Estado e a sociedade e a segunda faceta da liberdade, configurada dentro do seio familiar diante da percepção e do respeito da individualidade de seus integrantes.

Neste processo nota-se a valorização do elemento afetivo, elevando-o a um status de valor jurídico, configurado, essencialmente pelo reconhecimento dessas relações através da possibilidade da paternidade/maternidade socioafetiva prevista nos Provimentos 63 de 17 de novembro de 2017 (Brasil, 2017) e 83 de 14 de agosto de 2019 (Brasil, 2019), ambos do Conselho Nacional de Justiça, diretamente nos cartórios de registros civis do país, garantindo celeridade e enaltecimento do amor com base do meio familiar, constatando-se a validade do que Lança (2018, p.21) defende: “o amor, é hoje, o cimento através do qual se constrói o edifício familiar”.

Permeando o sentido da modificação dos preceitos anteriores e a valorização do afeto, a Ministra Nancy Andrighi no Recurso Especial 1.026/981/RJ destacou de forma assertiva a modificação substanciada no direito de família contemporâneo, traçando diferenciações entre as duas dinâmicas:

A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar (Brasil. STJ, 2010).

Vinculando o excerto verifica-se o vínculo do afeto como fato jurídico diante da sua percepção pela coletividade em relações prezadas pelo amor, cuidado, compreensão. Sendo inerente ao direito o acompanhamento social cingido por intermédio da teoria da tridimensionalidade defendida por Reale (2010 citado por Carvalho, 2015) verifica-se a transformação da afetividade em valor jurídico.

Inserindo-se os aspectos da afetividade destacada é possível analisar constitucionalmente a formação das entidades familiares, constatando-se aquelas que possuem previsão expressa e outras que, mediante exame hermenêutico se enquadram na cláusula geral de inclusão evidenciada pelo artigo 226, parágrafo quarto da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988).

2.1 Autonomia constitucional na criação de projetos parentais

relações privadas em coadunação com os princípios de liberdade e solidariedade familiar consagrou em seu artigo 226, §7º a autonomia como elemento norteador dos projetos parentais, constando: “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito”.

Consoante ao tema, tratando especificamente da definição de projeto parental insere-se a Lei 9.263 de 12 de janeiro de 1996 (Brasil, 1996), que estipula em seu artigo 2º: “entende-se planejamento familiar como conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”, estipulando-o como direito de todos os cidadãos.

Considerando a qualificação legal tem-se a asseguaração da livre criação dos projetos parentais pelos envolvidos, sendo defeso ao Estado intervir neste quesito. Visando sua definição, Gozzi (2019) destaca: “o livre planejamento familiar pode ser entendido como sendo um direito fundamental que visa garantir a efetividade e o exercício de outros direitos fundamentais”. Na mesma esteira, consagrando a constitucionalização do Código Civil Brasileiro de 10 de janeiro de 2002 (Brasil, 2002) enquadra-se o artigo 1.523 constando: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

Sob a ótica da liberdade na formação dos projetos parentais se integra o debate reprodutivo, vinculando famílias que pretendem diminuir o número de integrantes e outras, que, inversamente possuem a intenção de aumentá-lo, destacando-se com relação à segunda modalidade, técnicas de reprodução amparadas pela Resolução 2.168 de 21 de setembro de 2017 (Brasil, 2017):

1 Inseminação artificial, consistente na doação (sem fins lucrativos) do material genético masculino, que será inserido na camada intrauterina da mulher, podendo o sêmen ser doado pelo homem integrante do planejamento familiar, intitulado a inseminação homogênea ou, heterogênea, quando o material é doado por um terceiro envolvido, mantendo com relação, a este, o anonimato.

2 Fertilização in vitro realizada em laboratório para posterior inserção do embrião com material genético dos genitores (homogênea) ou de um deles acrescendo aos de um terceiro (heterogênea) a ser inserido na camada intrauterina da mulher.

Não obstante, ainda que se mencionem tais possibilidades a sua acessibilidade é conferida apenas a uma pequena parcela da população considerando os elevados custos de tais procedimentos, levantando o questionamento acerca da seletividade de um direito garantido constitucionalmente, em primeira análise.

Refletindo a respeito do tema nota-se argumentos doutrinários contrapostos que visam avaliar o limite e a inserção deste direito como uma mera faculdade dos envolvidos. Para Eduardo Leite essa disposição se configura pela seguinte ótica:

(...) O que há é uma liberdade de ajudar o semelhante (estéril) a ter um. O direito a ter filhos quando se quer, como se quer, e em qualquer circunstância é reivindicado como um direito fundamental”, mas é somente “a expressão de uma vontade exacerbada de liberdade e de plenitude individual em matérias tais como o sexo, a vida e a morte (Leite, 1995, p.356)

Neste sentido, considerando tais disposições, a autonomia constitucional na formação dos projetos parentais e o vínculo estatal de promover os meios de o garantir é limitado, afastando dessa possibilidade, conforme Warnock (2004 citado por Araújo, 2020): “a ideia da procriação como objeto de direito”, devendo-se considerar limites bioéticos e legais insculpidos na decisão de livre formação de um projeto familiar.

3 INSEMINAÇÃO CASEIRA

Como reflexo das novas incorporações familiares, o procedimento da inseminação caseira ou doméstica se insere, evidenciando um aspecto da liberdade abrangida constitucionalmente, integrando, todavia, um outro ângulo acerca dessa prática, considerando as implicações bioéticas e jurídicas que sua realização gera.

Em uma análise jurídico e territorial, no Brasil permite-se a doação de material genético através da vigência da única normativa a respeito do tema, descrita pela Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina (Brasil, 2017), por meio da qual condiciona-se a doação ao anonimato do doador, gerando diáde segurança para os envolvidos, que em primeira análise encontram-se assistidos por profissionais capacitados da área e alcançam a segurança jurídica vinculada à futura ausência de vínculos afetivos e legais com o nascituro, diante da condição do anonimato.

Em contrapartida, a inseminação caseira ou doméstica é realizada a partir do vínculo com um doador de material genético conhecido pelas partes ou contatado através de meios específicos em redes sociais, como grupos e fóruns, que após as tratativas, efetua a coleta do material genético de forma não garantida cientificamente, conforme Araújo (2020), com posterior inserção no corpo da parte receptora através de utilização de instrumentos como espéculo para abertura da parede vaginal e a introdução de cateteres sem esterilização, evidenciando, por conseguinte, elevado grau de risco para os envolvidos.

Neste sentido, a Agência Nacional de Vigilância (ANVISA) alerta expressamente os passos utilizados pelas partes que buscam o procedimento, enfatizando, em todos, os riscos imbuídos na prática:

Qualquer material biológico de terceiros requer avaliação antes de ser introduzido em outra pessoa. As triagens social, clínica e laboratorial do doador são necessárias para eliminar riscos de transmissão de doenças por meio da avaliação da presença de agentes infecciosos, como HIV, Hepatites B e C, Zika Vírus, Chikungunya, entre outros. A exposição ao ambiente também deve ser considerada. Na inseminação caseira o esperma fica em contato com o ambiente externo e com os micro-organismos do ar durante alguns momentos (ANVISA, 2018).

Neste diapasão, analisando tais circunstâncias, implicações, doações, características bioéticas e legais encontram-se em contraposição com a liberdade constitucional relativa à construção de projetos parentais alternativos, essencialmente ao que se relaciona com a inseminação artificial caseira que não possui respaldo jurídico que delimite o fim da atuação do doador, cancelando ou eliminando-o das obrigações configuradas pelo empreendimento da paternidade.

Partindo-se para um apontamento dos casos noticiados no país, em matéria da Folha de São Paulo em 2017, com o título “Inseminação caseira ganha impulso com pai ‘real’ e custo quase zero” (Zylberkan, 2017) tem-se o relato de Maria Luiza e Ana Carolina, que, diante do sonho da maternidade optaram pela realização do procedimento duas vezes, evidenciando a concepção de uma gravidez cada, a partir da doação de material genético de doadores – um para cada gestação -, encontrados na internet, especificamente em um grupo de mães.

Das gestações elencadas, a primeira, cuja receptora e geradora foi Ana Carolina de 33 anos tem-se uma diferenciação para a da companheira, Maria Luiza: o doador do material genético optou, com o consenso das companheiras, por realizar o registro da criança e participar de sua criação, buscando-o para passear ao menos uma vez por mês na tentativa de mostrar sua presença e efetivar seu vínculo afetivo (Zylberkan, 2017).

Dos casos noticiados os relatos se tornam emblemáticos, abrangendo aspectos emocionais que motivam as partes a buscarem tal procedimento, destacando a possibilidade de gerarem um filho a um custo “zero”, comparado aos valores elevados de uma inseminação artificial acompanhada por profissionais, alcançando inclusive o próprio doador, que na situação destacada pela Folha de São Paulo (Zylberkan, 2017) optou por realizar a doação de seu sêmen de forma gratuita, diferentemente de outras ocorrências em que pode se verificar a cobrança pela disponibilização do material genético, ainda que tal prática seja proibida legalmente conforme artigo 199 da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988), abrindo outro

leque de discussão acerca do tema, evidenciando, em casos em que se denota tal comercialização a enumeração de características físicas ao estabelecimento de critérios neoeugênicos.

Outrossim, tratando da ausência de mecanismos de segurança jurídica é possível notar nas partes que procuram o procedimento o receio de o doador optar futuramente por estabelecer vínculos com a criança, enfatizando-se, inclusive além dessa apreensão, situações em que o concesso exige consumação sexual para a doação, conforme aponta Milena Britto em entrevista ao Fantástico:

As questões que permeiam os direitos da criança e o medo de o doador querer direitos de paternidades, ou outras exigências, é muito angustiante. Alguns querem a coparentalidade, outros exigem relações sexuais para a doação. Raros são os que doam pela seringa (Britto, 2021).

O delineamento depreende variáveis bioéticas e jurídicas que se relacionam com a normativa constitucional (Brasil, 1988), descrita através do artigo 226, §7º ao estabelecer que “o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”, vinculando sua contraposição, com o fito de se salientar ausência de normativa que abarque todas as nuances bioéticas e jurídicas que a inseminação caseira apresenta.

3.1 Manipulação doméstica dos gametas reprodutivos

Em contraposição com o procedimento da inseminação artificial heteróloga realizada em clínicas especializadas com acompanhamento médico em todas as fases, a inseminação caseira se insere no âmbito doméstico em todos os seus aspectos, desde a procura, coleta e implantação do sêmen.

Nos relatos noticiados por Zylberkan (2017) é possível analisar uma tendência comportamental/procedimental atinente à inseminação caseira: o contato inicial geralmente ocorre através de redes sociais, logo os envolvidos organizam uma data para o encontro, geralmente analisando-se o período fértil da parte que será a receptora do material. No dia e horário marcado, o doador realiza a coleta do sêmen em um ambiente isolado da receptora que o aguarda com a seringa contendo o produto para inserir em seu corpo, permanecendo imóvel durante certo tempo após a autoinseminação.

Em todos os aspectos da inseminação caseira, mensurado através dos relatos dos casos noticiados é possível se verificar a falta de acompanhamento médico e apresentação de diagnósticos específicos que possam tratar de todas as nuances da complexidade de tal ato. Assim sendo, constatando todas as particularidades da inseminação caseira tem-se, que, diferentemente do que é possível se observar nos casos de inseminação artificial heteróloga delimitada pela Resolução 2.168/2017 (Brasil, 2017), não se menciona acompanhamento médico em nenhuma de suas fases, expondo todos os envolvidos, inclusive o nascituro a doenças transmissíveis e patologias, dada a ausência de diagnósticos pré-implantacionais, destacando-se ainda, referente à eventuais apresentações, a falta de credibilidade de tais exames.

4 IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA REALIZAÇÃO DE INSEMINAÇÕES CASEIRAS

Por outro viés, a realização da inseminação caseira não abarca apenas consequências atreladas às áreas medicinal e bioética, prevendo-se precariedade de segurança jurídica para os envolvidos nessa prática, cujo tratamento não encontra nenhum respaldo no ordenamento jurídico brasileiro.

Tangenciando a análise da doação do material genético na inseminação caseira, nos casos noticiados (Zylberkan, 2017) é possível se mensurar a gratuidade de tal ato, vinculando a parte demandante apenas ao pagamento de despesas como estadia, alimentação e eventuais gastos no período da tentativa, como água, energia etc. Todavia, tal situação não se exprime em uma máxima, não podendo ser atrelada a todos os casos, essencialmente ao se analisar a nulidade do contrato que verse sobre venda de embriões, sêmen e óvulos, conforme artigo 199 da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988) e Lei 11.105, de 24 de março de 2005 (Brasil, 2005).

Posto isso, na inseminação caseira, diante da busca por um concesso, pode se revelar exposição a um mercado ilegal de venda de material genético, conforme Júnior (2017) a respeito do doador “que não é anônimo e, em alguns casos, cobra determinada importância pela venda do sêmen”.

4.1 Afronta ao anonimato descrito na Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina

Ainda que se mencione o dissenso doutrinário acerca das implicações da realização da

inseminação artificial heteróloga em análise ao direito à identidade biológica o procedimento possui amparo normativo descrito na Resolução 2.168/2017 (Brasil, 2017) e se encontra vinculado a um regimento procedimental que visa garantir segurança a todos os envolvidos.

Posto isso, estreitando o espectro de análise, a inseminação caseira se configura sem possuir normativa que a regule ou a permita de forma veemente, revelando diversos aspectos de insegurança jurídica que orbitam sua realização, essencialmente, no que repercute em todas as consequências da ofensa ao princípio do anonimato ao constatar possibilidade de responsabilidade mútua, vínculos afetivos, alimentícios e legais entre o doador e a criança diante dos efeitos da filiação.

Neste sentido, comensurando todas essas nuances, o juiz de Direito Marlon Jesus Soares de Souza do Tribunal de Justiça de Santa Catarina ao analisar uma ação de reconhecimento da biparentalidade de uma criança gerada por tal procedimento, mensurando todas as consequências e inseguranças jurídicas esmiúça sua contraindicação, afirmando que “não é cientificamente reconhecida, tampouco recomendada, ainda que seja realizada com intenção louvável e em face da falta de recursos” (SC, Autos nº 0307861-36.2015.8.24.0020, Juiz Marlon Jesus Soares de Souza, Data de Julgamento: 08 de setembro de 2015) ao considerar todas as interferências que podem afetar os envolvidos, essencialmente ao se descrever a afronta ao princípio do anonimato.

4.2 Precariedade do contrato de concessão de gametas reprodutivos

A codificação civil brasileira estabelece o princípio da autonomia privada como norteador da teoria dos contratos; no entanto, limita-o à alguns critérios, conforme descritos no artigo 104 (Brasil, 2002).

Considerado isso, evidenciando-se análise de possíveis acordos, verbais ou redigidos de forma escrita, envolvendo termos da inseminação caseira é possível destacar sua precariedade, mencionando a indisponibilidade de negociar aspectos de filiação, conforme consta do artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente de 13 de julho de 1990 (Brasil, 1990).

Posto isso, utilizando-se dos substratos destacados, objetivando-se análise de possíveis acordos verbais ou escritos, que versem sobre os termos da inseminação caseira, pactuando isenção de responsabilidade do doador com a criança a ser originada deste procedimento, bem como das partes demandantes, no sentido de se absterem de procurá-lo para cobrança de eventual pensão e vínculo afetivo é possível denotar a sua precariedade e possível

desconsideração ao se mensurar encadeamentos de matérias de ordem pública como a filiação e a consideração da vulnerabilidade do incapaz envolto gerado, não permitindo que as partes condicionem tais circunstâncias.

Outrossim, considerando tal impossibilidade, o problema se fundamenta de forma expressiva dismantelando a conjuntura do acordo verbal ou escrito, dado que, conforme Oliveira Junior (2020) “a qualquer tempo poderá ser intentada ação de investigação de paternidade em desfavor do doador, que não terá condições de provar, por total ausência probatória, que o filho nasceu de uma inseminação artificial caseira”.

5 CRIAÇÃO DE FIGURA ATÍPICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Segundo Freitas (2009 citado por Rosa, 2019), “a função parental ou poder familiar trata de cuidar de um comprometimento com a proteção e os cuidados da linhagem até que se tenha certificada sua alforria pela maioridade ou emancipação”, evidenciando o dever de cuidado, proteção, sustento e oferecimento de meios necessários ao desenvolvimento dos filhos menores. Neste sentido, é possível se denotar que tais obrigações se estendem até o momento que o indivíduo, alicerçado por preceitos psicológicos de maturidade, alcance sua maioridade ou obtenha sua emancipação, possível apenas aos dezesseis ou dezessete anos.

O dever de cuidado dos pais com os filhos se encontra ainda expresso em uma máxima de respeito e consideração às vulnerabilidades dos menores pode alcançar, no âmbito de responsabilização, as esferas cível e penal, conforme considerações do artigo 244 e 246 do Código Penal de 07 de dezembro de 1940 (Brasil, 1940).

Outrossim, evidenciando a ausência de meios para a própria subsistência e a fragilidade dos incapazes, o Código Civil Brasileiro (Brasil, 2002) estabelece a possibilidade, fundamentada no princípio da reciprocidade, de se pleitear pensão alimentícia, constando no Art. 1.696: “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”.

Enfatizando-se, conforme análise do tema destacado, é possível se denotar a conjuntura de alimentos provisórios, definidos por serem determinados no início da lide processada através do Rito da Lei 5.478, de 25 de julho de 1968 (Brasil, 1968), por meio da qual, se estabelece a necessidade de comprovar o grau de parentesco e a obrigação de alimentar do devedor.

Na conjuntura específica da inseminação caseira, analisando toda a ótica obrigacional dos pais para com os filhos, nota-se, diante de casos em que os doadores e as partes demandantes

optam por realizar o registro de forma conjunta, considerando a possibilidade da multiparentalidade descrita nos Provimento 63/2017 (Brasil, 2017) alterado pelo 83/2019 (Brasil, 2019), ambos do Conselho Nacional de Justiça, o condicionamento de se afastar qualquer possibilidade de cobrança de pensão alimentícia, criando-se uma figura totalmente atípica no ordenamento jurídico brasileiro, conforme Araújo (2020): “o reconhecimento da filiação sem obrigação alimentar dos filhos menores”.

5.1 Afastamento da possibilidade de isenção de responsabilidade futura em relação ao filho concebido por inseminação caseira

O estado de filiação é considerado, conforme preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil, 1990), bem como pelo Código Civil Brasileiro de 2002 (BRASIL, 2002) como um direito indisponível, por meio do qual se assentam vínculos, obrigações e direitos. Neste diapasão, Paulo Lôbo define:

Filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é considerada filha da outra (pai ou mãe). O estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, atribuída a alguém, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. O filho é titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e de maternidade, em relação a ele. (Lobo, 2004).

Em conformidade com as evoluções descritas e consolidadas pelo direito de família contemporâneo os laços familiares deixaram de ser pautados simplesmente por aspectos naturais, fundando-se também no elemento afetivo, tratado como um componente valorativo do ordenamento jurídico brasileiro, essencialmente diante da permissibilidade do reconhecimento da multiparentalidade através dos Provimentos 63 (Brasil, 2017) e 83 (Brasil, 2019), ambos do Conselho Nacional de Justiça.

Imbuído dessas considerações, a filiação, natural ou afetiva pressupõe diversos deveres em relação ao filho, como cuidado, proteção, fornecimento de sustento, acesso à educação e nivelamento econômico em caso de dissolução da relação afetiva entre os pais, cumulando na obrigação do pagamento de pensão alimentícia, considerando-se o binômio necessidade/possibilidade do pagador.

Considerado isso, faz-se importante destacar a definição do instituto da pensão alimentícia mensurada por Madaleno (2010, citado por Rosa, 2019, p. 543):

Note-se que a compensação econômica consiste no pagamento mensal de determinada

quantia em dinheiro, tanto por tempo certo como por prazo indeterminado, podendo ser alcançada em uma única prestação, mas sempre no propósito de contrabalancear o desnível econômico surgido com a separação do casal diante do desaparecimento do dever de socorro presente na constância do relacionamento, cujo modelo de atuação permitiu ao cônjuge menos favorecido desfrutar das benesses materiais proporcionadas pelo consorte mais aquinhoado.

Posto isso, mencionando-se as proposições do dever de pagamento da pensão alimentícia, destaca-se as definições de Rosa (2019), considerando como fato gerador o vínculo com a necessidade do alimentando, o pagamento com prestações periódicas, que podem ser solicitadas a qualquer tempo com o fito de garantir a sobrevivência do alimentando.

Sendo assim, pode-se denotar, no âmbito da inseminação caseira, ainda que as partes demandantes optem pela ausência de vínculo do doador com a criança gerada através do procedimento, a criação de uma figura atípica no ordenamento brasileiro, preceituando a paternidade sem deveres e responsabilidades, elencando ausência de permissibilidade jurídica dessa questão, dado o envolvimento de matérias de ordem pública, consideração do melhor interesse da criança e respeito ao seu estado de vulnerabilidade.

5.2 Dúvida da interpretação dos limites ofertados pelo melhor interesse da criança

O direito de família assumiu novos contornos marcando uma evolução cultural e o atendimento de demandas sociais invisíveis anteriormente. Não obstante, ainda que se mencione tal progresso, limites são formulados para garantir segurança jurídica e proteção às partes consideradas vulneráveis na dinâmica familiar, como os menores e incapazes.

Neste sentido, existem diplomas legais específicos que versam sobre a tutela jurídica necessária que determinados grupos necessitam, como o que ocorre com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil, 1990), que esmiúça e alcança todas as intempéries da infância e juventude, fornecendo custódia, preservação e consideração das suas especificidades.

Permeando o princípio do melhor interesse da criança descrito essencialmente através do Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil, 1990), no âmbito do procedimento da inseminação caseira é possível constatar sua ausência de critérios e exposição dos menores a uma situação de risco, que atravessa a evidenciação de doenças transmissíveis, comensurando em ausência de tutela jurídica de sua relação com o doador do material genético que originou a sua concepção.

Posto isso, Araújo (2020) destaca a situação sob a ótica do melhor interesse da criança:

As decisões que envolvem o curso da vida dos filhos menores estão contingenciadas pelo princípio do melhor interesse da criança, que, como uma espécie de mandado de otimização, deve estar presente em decisões jurisdicionais. Assim, independentemente dos termos de qualquer contrato de inseminação caseira, é necessário considerar que uma análise da situação concreta do concebido, em caso de qualquer espécie de litígio, como investigação e reconhecimento de paternidade, pode apontar para a decisão que represente o melhor interesse da criança, que pode estar em condição de vulnerabilidade ante a decisão dos genitores. (Araújo, 2020, p. 117).

Evidenciando-se os preceitos tratados pela legislação específica quanto à situação do estado de vulnerabilidade dos menores e incapazes, destaca-se a imposição de limites que visam atender o seu melhor interesse, os quais devem ser considerados na formação de todo projeto parental, ainda que este último conte com certa permissibilidade constitucional, não podendo, entretanto, ser tratado como um direito absoluto em detrimento às especificidades dos estados dos envolvidos.

Outrossim, em contrapartida, abarcando o princípio do acesso à justiça e evidenciando um outro aspecto do princípio do melhor interesse da criança, juízes tem decidido demandas que envolvam a inseminação caseira, notando-se em suas tratativas o viés humanizado descrito nas possibilidades do reconhecimento dessa realidade parental, sem, no entanto, evidenciarem a reflexão do tema e sua complexidade, conforme destaca o Juiz de Direito Souza (2015):

[...] Embora tenha em um primeiro momento pensado em negar o registro para resguardar o direito da nascitura a sua identidade genética e não apenas para preservar o direito das mães em obter o vínculo pela afetividade, o fato é que aprofundado o olhar não só sobre o direito, mas, também sobre os fatos sociais que existem independente das leis, verifico que não há prejuízo à criança em ter em seu registro de nascimento, o amor declarado de duas mães (Souza, 2015).

A 3ª Vara da Família de Brasília (DF, Autos 0724641-93.2020.8.07.0016, Juiz Antonio Fernandes da Luz, Data de Julgamento: 05 de fevereiro de 2021, Data de Publicação: 08 de fevereiro de 2021), como outras em todo o país, também decidiu a respeito do tema, permitindo a realização do registro em nome do casal, considerando-se, na análise do caso concreto a relação de afetividade, respeito e afeição entre os demandantes da inseminação caseira que compartilhava do projeto parental desde o começo da gestação, tentando o procedimento após uma tentativa malograda da inseminação artificial heteróloga realizada em clínica especializada e com normativa descrita na Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal Medicina (Brasil, 2017).

Para além da legislação há parte da doutrina que, comensurando os preceitos do

elemento afetivo como norteador da dinâmica familiar, com interpretação do melhor interesse da criança vinculada ao seu bem-estar, menciona a assertividade das decisões judiciais que permitem a inclusão dos demandantes do projeto parental, conforme se destaca o advogado Calderón (2020):

Foi tecnicamente bem elaborada e contou com sensibilidade apurada do julgador, porque percebeu que não cabe ao Poder Judiciário ignorar a realidade e negar direitos para situações que não estejam expressamente e detalhadamente previstas na nossa legislação.

Neste sentido, faz-se importante realçar os argumentos utilizados no julgamento de uma ação na vara de família e sucessões da Comarca de Lajeado-RS pelo magistrado Rodrigo de Azevedo Bortoli (2020, citado por Ibias, 2020) ao reconhecer a possibilidade de registro da filha concebida através do procedimento da inseminação caseira em nome das duas companheiras:

Ab initio impõe-se a anotação de que a constituição de família extrapola questões puramente biológicas de conservação da espécie, assim não podendo ser analisadas apenas à luz das propriedades reprodutivas próprias aos gêneros humanos - lógica muitas vezes assumida para assentar ainda mais inadequadas razões, tais como as religiosas, inadmissíveis em um Estado laico como o brasileiro” (Bortoli, 2020, citado por Ibias, 2020)

O STJ deve decidir pela primeira vez questão envolvendo concepção através da inseminação caseira, devendo emitir posicionamento a despeito da possibilidade de indicação de dupla maternidade no caso de Júlia, nascida no ano de 2018, fruto do procedimento e que se encontra com seu registro apenas em nome de uma de suas mães, aguardando decisão. Mesmo que o processo tenha sido devidamente instruído com ao menos 50 sentenças favoráveis (IBDFAM, 2024) a decisão desde sua origem tem consignado a impossibilidade.

Comensurada todas as nuances advindas do princípio do melhor interesse da criança formulado em decorrência da consideração de sua vulnerabilidade, é possível notar, ainda que com a ausência de recepção do procedimento da inseminação caseira pelo ordenamento jurídico brasileiro dado a exposição dos envolvidos e inexistência de segurança jurídica concreta no sentido de previsibilidade veemente de todas as situações, as decisões judiciais tem dado outro viés interpretativo ao princípio do melhor interesse da criança, visando-se promover seu atendimento dentro do seio familiar em que esta será inserida após a formação do projeto parental concebido através da inseminação caseira.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que se mensure toda evolução do direito de família, consagrando-se o elemento afetivo como norteador dos institutos, normas cogentes ainda pairam em sua formação, sendo necessário observá-las em todos os seus termos para a constituição de um projeto parental que garanta a segurança dos envolvidos, a qual envolve aspectos biológicos, genéticos e jurídicos.

Neste íterim, traçando todo o arcabouço fático da inseminação caseira, pautada em um aspecto limitado da liberdade constitucional de formação de projetos parentais, lança-se em contrapartida, todos os riscos envolvidos em sua prática, os quais se mensuram desde a concepção do projeto, alinhando-se em uma busca pelo doador do material genético, que por sua vez, é de forma conhecida, exposição à doenças transmissíveis diante da ausência de exames, e quando estes são apresentados, falta de acompanhamento específico ou inexistência de credibilidade, calculando ainda, todos os aspectos jurídicos que se encontram intrínsecos ao procedimento.

Especificando os contornos jurídicos da inseminação caseira, é possível se denotar a relativização da filiação, a qual, diante do procedimento, é colocada de forma negociável, passível de transação entre os envolvidos, situação que não vislumbra sustentação jurídica, ao se mensurar, perante o ordenamento, tratamento da filiação como um direito indisponível, logo, sem qualquer possibilidade de acordo e negociação, ainda que este seja feito de forma consensual.

No que concerne ao contrato evidenciado em alguns casos, a sua precariedade, por tratar de elementos indisponíveis no âmbito jurídico pode demonstrar a sua invalidade, rompendo tudo que, em tese, foi acordado anteriormente, indicando modificação substancial na situação de todos os envolvidos, podendo-se, inclusive, revelar a ocorrência de um mercado de venda de material genético, sendo chamado de doação, conforme se pontua nos casos relatados.

Posto isso, a realização do procedimento revela diversas nuances de prejuízos aos envolvidos, essencialmente ao concebido, que se apresenta como o maior vulnerável em dado contexto, demonstrando acometimento de situações que escampam o campo de visão de todas as partes, que diante do aflorar das emoções e do sonho da formação de um projeto parental não entreveem todas as questões que se encontram vinculadas à realização da inseminação caseira.

Assim sendo, tangenciando o preceito constitucional de liberdade na formação dos projetos parentais este não se apresenta de forma absoluta, encontrando que se ratificam por intermédio de uma interpretação teleológica do ordenamento jurídico, principalmente no

que se refere ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil, 1990) e ao Código Civil Brasileiro (Brasil, 2002), o que encerra por evidenciar, nos casos de inseminação caseira, a possibilidade de responsabilização do doador do material genético ao se mensurar envolvimento com um direito indisponível, isto é, o direito à filiação.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, A.T. M. Projetos parentais por meio de inseminações caseiras: uma análise bioético-jurídica. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 24, p. 101-119, abr./jun. 2020. DOI: 10.33242/rbdc.2020.02.006.

ARAUJO, L. A. N. de; ARAUJO NETO, H. B. de. **Reprodução assistida heteróloga: o anonimato do doador de gametas e o direito a identidade genética**. 2015. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/1046/Reprodu%252525C3%252525A7%252525C3%252525A3o+assistida+heter%252525C3%252525B3loga:+o+anonimato+do+doador+de+gametas+e+o+direito+a+identidade+gen%252525C3%252525A9tica%252523_ftn1. Acesso em: 15 set. 2024.

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM. **Juiz destaca novo olhar no Direito das Famílias ao reconhecer dupla maternidade a partir de inseminação caseira**. 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/noticias/8065/>. Acesso em: 15 set. 2024.

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM. **Mães buscam registro de dupla maternidade há dois anos; STJ julga caso de inseminação caseira**. 2024. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/11845/M%C3%A3es+buscam+registro+de+dupla+maternidade+h%C3%A1+dois+anos%3B+STJ+julga+caso+de+insemina%C3%A7%C3%A3o+caseira>. Acesso em 15 set. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federal do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm. Acesso em: 15 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 15 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 15 set. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. (Vide Lei nº 6.538, de 1978)

(Vide Lei nº 6.710, de 1979) (Vide Lei nº 7.492, de 1986) (Vide Lei nº 8.176, de 1991) Código Penal. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 set. 2024.

BRASIL. **Provimento nº 63, de 17 de novembro de 2017**. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Brasília, DF, 20 nov. 2017. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em: 15 set. 2024.

BRASIL. **Provimento nº 83, de 14 de agosto de 2019**. Altera a Seção II, que trata da Paternidade Socioafetiva, do Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017 da Corregedoria Nacional de Justiça. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2975>. Acesso em: 15 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1157273-RN**. Recorrente: D A DE O. Relator: Nancy Andrighi. Brasília, DF, 18 de maio de 2010. Brasília, 07 jun. 2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14339099/recurso-especial-resp-1157273-rn-2009-0189223-0/inteiro-teor-14339100>. Acesso em: 15 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Requerente: Procuradora Geral da República. Relator: Relator Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de novembro de 2011. Brasília, 13 out. 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 15 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 364**. Agravante: Banco Bradesco. Relator: Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, DF, 14 de novembro de 2006. Brasília, 15 out. 2008. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_32_capSumula364.pdf. Acesso em: 15 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.026.981/RJ**. Recorrente: Severino Galdino Belo. Relator: Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 04 de fevereiro de 2010. Brasília, 23 fev. 2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19165773/recurso-especial-resp-1026981-rj-2008-0025171-7>. Acesso em: 15 set. 2024.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Autos nº 0724641-93.2020.8.07.0016**. Requerente: M.C.C.B. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2021. Brasília. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/2/efec281ad8da64_sentencaduplamaternidade.pdf. Acesso em: 15 set. 2024.

BRITTO, M. **Mulheres buscam “inseminação caseira” pelo sonho de engravidar**. Entrevista concedida a Beatriz Ornelas. G1. Janeiro de 2021.

CALDERÓN, R. **Juiz destaca novo olhar no Direito das Famílias ao reconhecer dupla maternidade a partir de inseminação caseira**. Entrevista concedida à Assessoria do IBDFAM. Outubro, 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/noticias/8065/>.

Acesso em: 15 set. 2024.

CARVALHO, J. M. de. A teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale. **Revista Estudos Filosófico**, São João del Rei - Mg, p. 201-212, 2015. Disponível em: <https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art14%20rev14.pdf>. Acesso em: 15 set. 2024.

FAIRFAX. 2021. Disponível em: <https://fairfaxcryobank.com/br>. Acesso em: 15 set. 2024.

GOZZI, C. M. **Princípio do livre planejamento familiar como direito fundamental**. 2019. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1349/Princ%C3%ADpio+do+livre+planejamento+familiar+com+o+direito+fundamental>. Acesso em: 15 set. 2024.

IBIAS, D. S. **Reconhecimento de dupla maternidade de criança gerada por inseminação caseira**. 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1556/Reconhecimento+de+dupla+maternidade+de+crian%C3%A7a+gerada+por+insemina%C3%A7%C3%A3o+caseir>. Acesso em: 15 set. 2024.

LANÇA, H. C. **Cartografia do Direito das Famílias, Crianças e Adolescentes**. Lisboa: Sílabo, 2018. 306 p. Disponível em: <https://reader.wook.pt/?mode=preview&sample=21608804-0-BS&ru=https%3A%2F%2Fwww.wook.pt%2Flivro%2Fcartografia-do-direito-das-familias-criancas-e-adolescentes-hugo-cunha-lanca%2F21608804&bu=https%3A%2F%2Fwww.wook.pt%2Flivro%2Fcartografia-do-direito-das-familias-criancas-e-adolescentes-hugo-cunha-lanca%2F21608804%3Fadd-to-cart%3D1->. Acesso em: 15 set. 2024.

LEITE, E. de O. Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1995. 480 p. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:livro:1995;000157942>. Acesso em: 15 set. 2024.

LÔBO, P. L. N. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. 2004. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/126/Direito+ao+estado+de+filia%C3%A7%C3%A3o+e+direito+%C3%A0+origem+gen%C3%A9tica:+uma+distin%C3%A7%C3%A3o+necess%C3%A1ria>. Acesso em: 15 set. 2024.

OLIVEIRA JÚNIOR, E. Q de. **Inseminação artificial caseira**. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/267599/inseminacao-artificial-caseira>. Acesso em: 15 set. 2024.

ORNELAS, B. **Mulheres buscam 'inseminação caseira' pelo sonho de engravidar**. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2021/01/18/mulheres-buscam-inseminacao-caseira-pelo-sonho-de-engravidar.ghtml>. Acesso em: 15 set. 2024.

ROSA, C. P. **Curso de Direito de Família contemporâneo**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. 663 p.

SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Autos nº 0307861-36.2015.8.24.0020.** Requerente: M.F.S.M e outro. Relator: Juiz Marlon Soares de Souza. Criciúma, SC, 08 de setembro de 2015. Criciúma. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudenciapesquisa.php?pesq=0307861-36.2015.8.24.0020>. Acesso em: 15 set. 2024.

VELOSO, Z. **Direitos sucessórios dos companheiros.** In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 3., 2001, Ouro Preto. **Anais...** Ouro Preto: Ibdfam, 2001. Disponível em: <https://ibhttps://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/188.pdf>dfam.org.br/assets/upload/anais/188.pdf. Acesso em: 15 set. 2024.

ZYLBERKAN, M. Inseminação caseira ganha impulso com pai 'real' e custo quase zero. **Folha de S. Paulo.** São Paulo, 15 out. 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/10/1927109-inseminacao-caseira-ganha-impulso-com-pai-real-e-custo-quase-zero.shtml>. Acesso em: 15 set. 2024.

ANEXO A

15/09/2024

The screenshot displays the Fairfax Cryobank website interface. At the top, the logo "Fairfax Cryobank" is visible with the tagline "The Trusted Choice for Donor Sperm". To the right, contact information is provided: "BR - PORTUGUESE", "Como começar? Ligue para nós (011) 5084-2588", and "WhatsApp (011) 98111-3455". The main navigation bar includes links for "HOME", "BUSQUE UM DOADOR", "SOBRE O FAIRFAX CRYOBANK", "CENTRO DE INFORMACOES", "CONTATO", and "Account". A search icon is also present.

The central banner features a couple smiling and looking at a laptop, with the text "O doador ideal está disponível" and "Encontre seu doador de sêmen ideal na Busca de Doador". Below this, a large blue button reads "ENCONTRE UM DOADOR".

The lower section, titled "Apenas 3 Passos:", outlines the search process:

1. Selecione um doador de sêmen utilizando nossa ferramenta de Busca.
2. Entre em contato com a equipe do Fairfax Cryobank Brasil para mais informações.
3. Faremos a reserva, confirmaremos informações importantes* e providenciaremos a importação e entrega.

 A small note states: "* Incluem tipo de amostra, informações do seu médico e Termo de Utilização."

To the right of the steps is a selection form for donor characteristics:

- RAÇA: ☐ Indiferente, ☐ Asiática, ☐ Negra, ☐ Caucasiana, ☐ Latina, ☐ Multi
- COR DOS CABELOS: ☒ Indiferente, ☐ Preto, ☐ Ruivo, ☐ Castanho, ☐ Loiro
- COR DOS OLHOS: ☒ Indiferente, ☐ Mel, ☐ Verde, ☐ Azul, ☐ Castanho

 A red button labeled "BUSCA!" is positioned below the form.

At the bottom, a blue banner titled "POR QUE ESCOLHER O FAIRFAX CRYOBANK" contains the text: "O Fairfax Cryobank é dedicado ao fornecimento de informações de seus doadores. Trabalhamos com uma equipe treinada para atender às necessidades e dúvidas de todos os pacientes. Fornecemos apoio na decisão de escolha de sua amostra através de atendimento personalizado."

<https://fairfaxcryobank.com/br>.

O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E A SÚMULA 410 DO STJ: NOVA LEGISLAÇÃO, VELHOS PROBLEMAS

ARAUJO, Lucas Pereira¹

BARBOSA, Marcus Vinícius Paiva²

ISSUE DOI: 10.3738/1982.2278.4581

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo analisar se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça firmado na Súmula nº 410 está ou não em consonância com as disposições do Código de Processo Civil de 2015. A abordagem deste tema se justifica na necessidade de a Corte Cidadã conferir segurança jurídica aos atos de intimação realizados em cumprimentos de sentença de obrigação de fazer ou pagar quantia. Para consecução do objetivo proposto, realizou-se uma pesquisa de revisão bibliográfica crítica, cujos objetos são obras jurídicas afeitas ao tema, documentos consistentes em decisões judiciais, artigos de lei e o enunciado da Súmula 410.

Palavras-chave: Cumprimento de sentença. Intimação pessoal. Jurisprudência.

THE 2015 CODE OF CIVIL PROCEDURE AND STJ PRECEDENT 410: NEW LEGISLATION, OLD PROBLEMS

SUMMARY: The purpose of this study is analyze if the Superior Court of Justice understanding established at the summary 410 is or is not in consonance with the provisions of the Code of Civil Procedure of 2015. The approach of this theme justify in the necessity Superior Court lend justice security to the personal notifications acts done in sentences enforcement based in do obligations. To achieve the objective proposed, it was done a bibliography revision, which object was law books related to the theme, judicial decisions, law articles and the summary 410 text

Keywords: Sentence enforcement. Personal notification. Code of Civil Procedure. Jurisprudence.

1 INTRODUÇÃO

O cumprimento de sentença constitui um procedimento imprescindível para garantia da eficácia das decisões judiciais. Caso o Estado se limitasse a reconhecer direitos, e não tutelasse sua efetivação, as referidas decisões judiciais se tornariam inócuas e a atribuição da sua função jurisdicional de nada valeria, haja vista que o próprio homem haveria de empenhar meios para satisfação de seu direito, o que causaria grande desordem social e tribunais de exceção.

Sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), o procedimento de execução dos títulos executivos judiciais foi alvo de grande controvérsia. Diante das lacunas e

¹ Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto USP/SP. Docente na Faculdade Dr. Francisco Maeda - FAFRAM desde 2019. Advogado.

² Bacharel em direito pela Faculdade Dr. Francisco Maeda – FAFRAM/SP.

imprecisões do texto legal, houve muita divergência entre os doutrinadores e entre os tribunais no tocante à definição do modo de comunicação processual do executado para cumprimento da sentença. A dúvida pairava na questão da necessidade de a intimação ser feita na pessoa do executado ou não de seu advogado mediante publicação no órgão oficial (Brasil, 1973).

O Superior Tribunal de Justiça foi vacilante, haja vista ter divergido consideravelmente quanto ao tema, de modo que ocasionou patente insegurança jurídica. Apesar disso, com relação às sentenças fundadas em obrigações de fazer ou não fazer, a Corte Cidadã entendeu pela necessidade de intimação pessoal do executado para possibilidade de incidência da multa por seu descumprimento, tendo sintetizado seu posicionamento na Súmula nº 410, em 2009 (Brasil, 2009).

Em 2015, foi sancionado o Código de Processo Civil (CPC/2015) que, visando resolver a longa problemática vislumbrada na vigência do antigo Diploma, unificou o procedimento de comunicação processual do executado para o cumprimento de sentença, tendo estabelecido em disposições gerais e de modo expresso que a regra é de que o executado deve ser intimado na pessoa de seu advogado. Não obstante isto, o Superior Tribunal de Justiça manteve hígido o enunciado da Súmula nº 410, instituído sob a égide da Lei Processual revogada (Brasil, 2015).

Contudo, diante de uma nova legislação, que trouxe uma nova tendência ao sistema de execução de título judicial e estabeleceu de modo expresso o procedimento por meio do qual o executado haverá de ser intimado para cumprir as decisões judiciais, indaga-se: o enunciado da Súmula nº 410 é compatível com as disposições do Código de Processo Civil de 2015 ou ao mantê-lo a Corte Cidadã está negando vigência a tais disposições ao invés de zelar pelo seu respeito? (Brasil, 2015).

É justamente esta indagação que se pretende responder através da presente pesquisa. A investigação do tema proposto se justifica na importância de averiguar se as opções legislativas sobre o procedimento de cumprimento de sentença, que foram estabelecidas no Código de Processo Civil de 2015, têm sido asseguradas e observadas pelo Guardião da legislação infraconstitucional, ou se têm sido ignoradas através da manutenção de entendimentos fixados sob a égide de uma Lei revogada (Brasil, 2015).

Como método de procedimento, adotou-se a revisão bibliográfica crítica de doutrinas e artigos científicos que tratam sobre o modo de comunicação processual do executado, seja sob a ótica do CPC/1973, seja pela lente do CPC/2015, bem como sobre a compatibilidade do teor da Súmula nº 410 do STJ com as disposições do atual Diploma (Brasil, 1973, 2015).

Este artigo será organizado em três partes. Em um primeiro momento, foi feita uma breve revisão histórico-contemporânea do procedimento de comunicação processual do executado em sede de cumprimento de sentença. Na segunda etapa, demonstrou-se como se posicionava a Corte Cidadã sobre o tema quando ainda estava em vigor o CPC/1973, e como tem se posicionado sobre a égide do CPC/2015, bem como as correntes doutrinárias que surgiram. Por fim, será demonstrado que o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça não compatibiliza com as disposições processuais civis vigentes (Brasil, 1973, 2015).

2 BREVE REVISÃO HISTÓRICO-CONTEMPORÂNEA DO PROCEDIMENTO DE COMUNICAÇÃO PROCESSUAL PARA O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

2.1 Alterações legislativas ocorridas no CPC/73

O procedimento do cumprimento de sentença, assim como diversos institutos do Direito Processual Civil, foi objeto de diversas mudanças ao longo do tempo, mudanças essas que ocasionaram fundadas dúvidas e controvérsias entre a comunidade jurídica quanto ao procedimento a ser observado para sua execução.

O Código de Processo Civil de 1973 passou por três grandes reformas, ocorridas nos anos de 1994, 2002 e 2005. Tais reformas trouxeram mudanças significativas no procedimento de execução civil estatuído pelo Código revogado. O texto original de tal Diploma definiu no Título II um sistema de execução civil aplicável tanto às execuções de títulos judiciais quanto às de títulos extrajudiciais. Não havia um capítulo específico destinado ao cumprimento de sentença. Desse modo, através de disposições comuns, estabeleceu-se para ambas as espécies de execuções o mesmo procedimento (Sica, 2016).

Independente da espécie, por ser necessário iniciar um novo processo para execução do título, se fazia necessária a citação pessoal do executado. No caso do título judicial, findo processo de conhecimento, haveria de ser iniciado um novo processo para sua execução, em que o executado deveria ser citado para o cumprimento voluntário da obrigação ou para oposição de embargos à execução (Sica, 2016).

A reforma de 1994, estabelecida por meio da Lei nº 8.952, alterou dispositivos do Código de Processo Civil de 1973 sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Com relação ao procedimento de execução dos títulos judiciais e extrajudiciais, instituiu-se a primeira mudança significativa na estrutura do sistema de execução.

Até então, conforme foi relatado, o processo de execução tanto dos títulos judiciais quanto dos extrajudiciais era regido pelas mesmas disposições, independente da espécie da obrigação exequenda. No entanto, com a primeira reforma, o artigo 461 trouxe disposições específicas sobre o procedimento de execução das obrigações de fazer ou não fazer fundadas em título judicial, de modo que as disposições que até então regulavam referida espécie de obrigação, previstas nos artigos 632 a 643, passaram a se restringir às execuções fundadas em títulos extrajudiciais (Sica, 2016). O texto do mencionado dispositivo dispunha que nas ações que tivessem por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz deveria conceder a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinar providências capazes de assegurar o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Diante do procedimento estabelecido pelo artigo, a execução das obrigações de fazer e não fazer fundadas em título judicial passou a ocorrer no mesmo processo em que se deu a fase de conhecimento. Dessa maneira, por já não ser necessário instaurar um novo processo para execução, não se fazia necessária a citação do executado para o cumprimento de tais espécies de obrigação. Encerrada a fase de cognição, passou-se a iniciar a fase de cumprimento de sentença nos próprios autos (Sica, 2016).

Em 2002, através da Lei nº 10.444, o procedimento instituído pela reforma de 1994 para as obrigações de fazer e não fazer foi estabelecido também para as obrigações de entregar coisa certa e incerta. Assim, com relações a tais obrigações, o procedimento executório deixou de ser o mesmo para os títulos judiciais e extrajudiciais (Medina, 2004).

Três anos após a Lei nº 10.444 houve a promulgação da Lei nº 11.232/2005 que trouxe diversas mudanças na estrutura do sistema de execução civil. Em primeiro lugar, o procedimento de liquidação de sentença foi retirado do Livro II do Código de Processo Civil, onde era regulamentado juntamente com as execuções em geral no capítulo VI, e passou a integrar o Livro I, juntamente com as disposições relativas à Sentença e a Coisa Julgada, no capítulo IX (Santos, 2017).

Contudo, a mudança mais significativa realizada pela reforma de 2005 foi o estabelecimento de capítulo específico atinente à execução dos títulos judiciais, denominado “cumprimento de sentença”, que apesar da imprecisão terminológica, abrangia a execução de todo e qualquer título judicial (Santos, 2017).

O sistema trazido pela alteração de 2005 determinou como deveria ocorrer a execução de cada uma das obrigações quando fundadas em título judicial. Além disso, por meio dele, consolidou-se o que se passou a denominar “processo sincrético”, em que a sentença não

colocava fim ao processo, mas tão somente encerrava sua fase cognitiva. Finalizada esta, passava-se a fase de cumprimento da sentença nos próprios autos, de modo que a execução do título deixou de demandar o ajuizamento de nova ação e passou a constituir incidente processual (Sica, 2016).

Estas mudanças estruturais realizadas se prestaram a garantir maior efetividade e celeridade processual. Por meio delas, se objetivou evitar o retardamento da efetivação do direito reconhecido na fase cognitiva, uma vez que a necessidade da citação pessoal do executado constituía uma das razões que mais contribuía para a demora da execução do título judicial (Savaris, 2017).

Muito embora as reformas tenham significado progresso para o sistema processual civil, considerando a nova sistemática instituída, a vaguidade e imprecisão dos artigos consolidados, bem como sua má disposição nos capítulos e seções que compunham a estrutura do Código de Processo Civil, acarretaram patentes dúvidas e controvérsias sobre diversos pontos atinentes ao procedimento a ser seguido para efetivação do direito reconhecido (Sica, 2016).

Dentre as várias lacunas ocasionadas pelas reformas de 1994, 2002 e 2005, destacam-se as seguintes: (i) a ausência de disposições relativas à forma pela qual deveria ser feita a comunicação processual do executado para o cumprimento da determinação judicial, isto é, se deveria ser pessoal ou na pessoa de seu advogado e; (ii) a ausência de disposições sobre qual seria o termo inicial do prazo de quinze dias para o pagamento a que se refere o *caput* do art. 475-J do CPC de 1973³.

Nesse contexto de muita controvérsia, passou-se a discutir a necessidade de elaboração de um novo Código de Processo Civil. Em 2010, uma comissão de juristas formada pelo então presidente do Senado José Sarney apresentou ao Senado o Anteprojeto de um Novo Código de Processo Civil. O Anteprojeto foi aprovado e, após algumas alterações, foi submetido à Câmara dos Deputados para votação. Decorridos alguns anos de tramitação e após 900 (novecentas) emendas, o Projeto foi aprovado pelo Congresso Nacional e, em 2015, foi promulgado o Código de Processo Civil vigente.

³ Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005).

2.2 A intimação no cumprimento de sentença do CPC/2015

O então novo Código manteve o procedimento específico para a execução dos títulos judiciais trazido pelas reformas ao Código de 1973, bem como a terminologia até então adotada, através da instituição de título próprio para o “Cumprimento de Sentença”. O Diploma de 2015 ainda consolidou o Cumprimento de Sentença como fase do processo, e não como instituto que demandaria processo autônomo, seguindo a linha até então estatuída pelas reformas de 1994, 2002 e 2005. Desse modo, optou-se por seguir o modelo do processo sincrético, em que os procedimentos de reconhecimento do direito e de efetivação devem ocorrer nos mesmos autos (Bueno, 2017).

Com efeito, a primeira mudança significativa trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 foi o estabelecimento de disposições gerais para o cumprimento de sentença, isto é, aplicáveis a qualquer das espécies de obrigação.

No que diz respeito à forma de comunicação processual o Diploma atual objetivou pacificar a controvérsia atinente à forma pela qual esse ato deveria ocorrer. De acordo com o procedimento proposto no Anteprojeto apresentado ao Senado em 2010, o executado deveria ser pessoalmente intimado por carta para o cumprimento da sentença, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 490⁴.

Todavia, logo se percebeu que tal procedimento não dialogava com os princípios que se objetivava instituir com a elaboração de um novo Código, razão pela qual foi prontamente modificado. Desse modo, no texto do projeto enviado para a Câmara dos Deputados já restou consolidado que a intimação do devedor para o cumprimento de sentença deveria ser realizada, em regra, na pessoa de seu advogado, sendo que a intimação pessoal foi prevista somente para hipóteses excepcionais⁵.

Este procedimento foi prontamente acatado, não tendo sido proposta qualquer emenda com fim de modificá-lo. Com isso, foi consolidado de maneira clara no artigo 513, §2º Código de Processo Civil de 2015, acostado no capítulo relativo às disposições gerais, que a regra é de que: “§ 2º O devedor será intimado para cumprir a sentença: I - pelo Diário da Justiça, na pessoa de seu advogado constituído nos autos”. A intimação pessoal ficou reservada às

⁴ Art. 490, § 1º A parte será pessoalmente intimada por carta para o cumprimento da sentença ou da decisão que reconhecer a existência de obrigação.

⁵ Art. 500, §2º O devedor será intimado para cumprir a sentença: I – pelo Diário da Justiça, na pessoa de seu advogado constituído nos autos.

hipóteses em que o devedor é representado pela Defensoria Pública ou não tem advogado constituído nos autos, conforme dispõe os incisos II e III.

Nesse contexto, considerando que na sistemática do Código de 2015 a regra da intimação na pessoa do advogado do devedor foi estabelecida nas Disposições Gerais, haveria de se concluir que a controvérsia jurisprudencial relativa à necessidade de intimação pessoal do devedor para cumprimento de certas espécies de obrigação estaria resolvida de uma vez por todas. Mas mesmo com disposições legais mais claras e assertivas quanto à forma de intimação em sede de cumprimento de sentença, os tribunais adotaram posicionamento mais aderente a realidade trazida pelo Diploma vigente? Para essa indagação torna-se importante analisar como os Tribunais têm se posicionado sobre tal questão após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015.

3 A INTIMAÇÃO PESSOAL E O ENTENDIMENTO DO STJ

Após as reformas do Código de Processo Civil de 1973, a questão da comunicação processual para cumprimento da determinação judicial passou a ser amplamente debatida entre os cientistas do direito e no âmbito dos tribunais. Diante das diversas lacunas deixadas pelas mudanças legislativas e, não sendo mais necessária a citação do executado em virtude da unificação das fases de cognição e efetivação do direito no mesmo processo, passou-se a discutir se a intimação deveria feita na pessoa do executado ou de seu advogado.

De acordo com as regras gerais de intimação estatuídas no Diploma de 1973, a intimação dos atos processuais deveria ocorrer preferencialmente por meio de publicação no órgão oficial, logo, na pessoa do advogado⁶. Nas comarcas em que não houvesse este órgão, o escrivão deveria intimar os advogados das partes pessoalmente⁷ e, não sendo possível, por carta registrada (Lima, 2017).

Em razão da reforma de 1994, a comunicação processual para cumprimento das obrigações de fazer e não fazer fundadas em título judicial haveria de ser realizada mediante intimação, e não pela citação, tendo em vista que a execução de tal título passou a constituir mera fase e incidente processual (Theodoro Junior, 2012). Ocorre que a mudança no texto

⁶ Art. 236. No Distrito Federal e nas Capitais dos Estados e dos Territórios, consideram-se feitas as intimações pela só publicação dos atos no órgão oficial.

⁷ Art. 237. Nas demais comarcas aplicar-se-á o disposto no artigo antecedente, se houver órgão de publicação dos atos oficiais; não o havendo, competirá ao escrivão intimar, de todos os atos do processo, os advogados das partes: I - pessoalmente, tendo domicílio na sede do juízo; II - por carta registrada, com aviso de recebimento quando domiciliado fora do juízo.

normativo foi omissa em determinar o modo por meio do qual referida intimação deveria ser realizada.

Diante desta lacuna, concluía-se que a comunicação processual nestes casos deveria se dar conforme as disposições gerais de intimação previstas na Seção IV do Capítulo IV do Código de Processo Civil de 1973. No entanto, antes mesmo da reforma de 1994, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça se orientava no sentido de que a regra da intimação na pessoa do advogado mediante publicação no órgão oficial se aplicava somente à comunicação de atos processuais. Segundo a Corte Superior, em se tratando de ato pessoal indelegável, a intimação deveria ser feita na pessoa do executado⁸.

Apesar de controvertido, o entendimento firmado pela Corte Superior se manteve hígido por anos. Em 2005, no julgamento do recurso especial nº 692.386/PB, de relatoria do Ministro Luiz Fux, o Superior Tribunal de Justiça consolidou seu entendimento no sentido de que a comunicação das decisões que impõe obrigações de fazer e não fazer, em virtude das consequências cíveis e penais decorrentes de seu descumprimento, demanda maior segurança, razão pela qual a intimação nesses casos deveria ser feita na pessoa do executado⁹.

Pouco tempo após sedimentação deste entendimento, sobreveio a reforma de 2005 do Código de Processo Civil de 1973, instituída pela Lei nº 11.232. Devido as consideráveis mudanças que esta lei promoveu no sistema de execução civil (principalmente no tocante aos títulos judiciais), a questão da necessidade de intimação pessoal do executado para cumprimento da sentença voltou a ser motivo de divergência entre a comunidade jurídica.

Dentre os vários artigos introduzidos pela Lei nº 11.232/2005, destaca-se o artigo 475-J, que dispunha que, caso o devedor condenado a pagar quantia certa não efetuasse o pagamento no prazo de quinze dias, o montante da condenação deveria ser acrescido de multa no percentual de dez por cento. A imprecisão do texto desse dispositivo, em conjunto com as lacunas por ele deixadas, acarretou uma patente controvérsia sobre o teor de suas disposições. Além da omissão em especificar o termo inicial da contagem do prazo de quinze dias para o pagamento sob pena

⁸ “A intimação feita pelo órgão oficial dirige-se ao advogado para os atos e termos do processo. em se cuidando de ato pessoal indelegável (exame de saúde), impondo-se a intimação pessoal da parte, não se presume que dela tomou conhecimento pela via da publicação na imprensa. ainda que se considerasse a intimação válida, para justificação ou suprimento da falta, competia a aplicação do art. 267, iii, e parágrafo 1., CPC, descabendo presumir o abandono”. (REsp 10.908/RJ, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/09/1993, DJ 04/10/1993, p. 20504).

⁹ “Com o art. 461, não se exige mais a citação do executado na execução de sentença civil condenatória que imponha o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer. (...) Deveras, as consequências cíveis e penais do descumprimento das decisões mandamentais exigem segurança na comunicação da mesma, tornando imperiosa a necessidade de intimação pessoal”. (REsp 692.386/PB, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/10/2005, DJ 24/10/2005, p. 193).

de multa, o artigo não explicitou como deveria ser feita a intimação do executado para a efetuação do pagamento, isso é, se deveria ser na pessoa do executado ou de seu advogado. Em razão disso, tanto os pesquisadores do direito quanto os tribunais passaram a divergir sobre esta questão (Martins, 2015).

A corrente que se posicionava no sentido de que não havia necessidade de intimação pessoal do devedor se amparava no argumento de que exigir a intimação pessoal do devedor após a reforma de 2005, que consolidou uma tendência de celeridade e efetividade da prestação jurisdicional que vinha sendo fomentada desde 1994, implicaria em entender que não houve nenhum avanço decorrente das mudanças introduzidas, principalmente no que tange a eliminação da citação. Nessa linha, Marcelo José Magalhães Bonício asseverava que:

Para que as novas disposições não provoquem ainda mais conflitos doutrinários, é preciso pensar, em primeiro lugar, que a ausência de solução de continuidade, entre o conhecimento e a execução, torna desnecessária a intimação pessoal, caso contrário não teria havido nenhum avanço na eliminação da exigência da citação em circunstâncias assim (Bonício, 2009, p. 54).

No mesmo sentido, André Pagani de Souza salientava que exigir a intimação pessoal significaria entender que a Lei nº 11.232 tão somente substituiu a citação pessoal pela intimação pessoal, o que continuaria “a dar ensejo a chicanas processuais levadas a cabo por jurisdicionados que não hesitam em se utilizar de todos os meios para se esquivar do cumprimento de ordens judiciais” (Souza, 2008, p. 38).

Além disso, levou-se em conta que desde 2002 se pôde observar uma tendência processual de ampliar os poderes do advogado no processo. O §5º instituído no artigo 659 através da Lei nº 10.444 passou a prever a possibilidade de o executado ser intimado de sua nomeação como depositário do bem penhorado na pessoa de seu advogado.

De igual modo, em 2006 foi inserido através da Lei nº 11.382 o §4º no artigo 652, cujo texto dispunha que o executado deveria ser intimado para indicar bens à penhora por meio de seu advogado. Ainda em 2006, foi promulgada a Lei nº 11.419, que dispôs sobre a informatização do processo judicial. Referida Lei inseriu o parágrafo único no artigo 237, que previu a possibilidade de as intimações serem feitas de forma eletrônica¹⁰.

A verificação dessa tendência processual, em conjunto com a ideia de um processo sincrético, cujo objetivo maior estava na celeridade da efetivação do direito, levou boa parte dos juristas a questionar se a exigência da intimação pessoal para comunicação da determinação

¹⁰ Art. 237. Parágrafo único. As intimações podem ser feitas de forma eletrônica, conforme regulado em lei própria.
Nucleus, Edição Especial: Direito – 20 Anos.

judicial não significaria um retrocesso frente aos avanços no sistema de execução civil até então alcançados¹¹.

Todavia, a corrente divergente se mantinha hígida, com esteio no argumento de que nas sentenças em que a obrigação imposta se tratava de ato pessoal indelegável, isso é, ato cuja realização dependia exclusivamente do executado, a intimação deveria ser pessoal, não bastando a intimação do advogado, tendo em vista a tendência humanizadora da execução introduzida pelas reformas¹². Nessa linha, Mario Thadeu Leme de Barros Filho sustentava que

Há necessidade de intimação pessoal do devedor para o cumprimento de sentença, uma vez que em nosso ordenamento a segurança de ciência prévia e inequívoca dos atos capazes de alterar os fatos é regra não tendo a Lei 11.232/2005 fixado qualquer dispositivo ao contrário. Acolhemos também a tese da intimação pessoal do devedor para defendermos a tendência humanizadora da execução no processo civil, que impõe limites à responsabilidade patrimonial do devedor (Barros Filho, 2008, p. 390).

Nesse contexto de controvérsias, o Superior Tribunal de Justiça passou a manifestar seu entendimento extraído da interpretação dos dispositivos introduzidos pelas reformas. Em 2006, no julgamento do agravo regimental no agravo de instrumento nº 774.196/RJ, o Ministro Humberto Gomes de Barros sedimentou que o executado deveria ser pessoalmente intimado das sentenças que fixam obrigações de fazer ou não fazer¹³. Não obstante isso, em 2007 o referido Ministro consolidou no julgamento do recurso especial nº 954.859/RS que é desnecessária a intimação pessoal da sentença que condena pagamento de quantia certa, bastando a intimação do advogado do executado mediante publicação no Diário Oficial¹⁴.

Desse modo, observou-se que a Corte Cidadã distinguiu os procedimentos executórios a depender da espécie de obrigação. Para execução das sentenças fundadas em obrigações de fazer ou não fazer, haveria necessidade de o executado ser intimado pessoalmente, ao passo

¹¹ Além dos autores citados, manifestaram-se no sentido desta corrente, entre outros, Cássio Scarpinella Bueno, *Aspectos polêmicos da nova execução*, v.4, 2008, p. 69; Humberto Theodoro Júnior, *Processo de execução e cumprimento de sentença*, 27. ed., 2012, p. 598; Daniel Carnio Costa, *Execução no Processo Civil Brasileiro*, 3ª ed., 2010, p. 140; Renato Montans de Sá e Rodrigo da Cunha Lima Freire, *Processo Civil IV*, 2012, p. 73; Américo Andrade Pinho, *Aspectos polêmicos da nova execução*, v.4, 2008, p. 16; Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior, *Aspectos polêmicos da nova execução*, v.4, 2008, p. 316.

¹² Filiaram-se a esta corrente, entre outros, Pedro da Silva Dinamarco, *Aspectos polêmicos da nova execução*, v.4, 2008, p. 422; Misael Montenegro Filho, *Código de Processo Civil comentado e interpretado*, 3ª ed., 2013, p. 521.

¹³ “A parte a quem se destina a ordem de fazer ou não fazer deve ser pessoalmente intimada da decisão cominatória, especialmente quando há fixação de astreintes”. (AgRg no Ag 774.196/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/09/2006, DJ 09/10/2006, p. 294).

¹⁴ “A intimação da sentença que condena ao pagamento de quantia certa consuma-se mediante publicação, pelos meios ordinários, a fim de que tenha início o prazo recursal. Desnecessária a intimação pessoal do devedor”. (REsp 954.859/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/08/2007, DJ 27/08/2007, p. 252).

que, para as sentenças fundadas em obrigação de pagar quantia certa, bastaria a intimação na pessoa do advogado do devedor.

Com relação ao modo de intimação para cumprimento das sentenças fundadas em obrigação de pagar quantia certa, o Superior Tribunal de Justiça manteve sólido seu entendimento, de modo que não houve divergência quanto a essa questão neste Tribunal. Entretanto, a multiplicidade de recursos interpostos que versavam sobre essa controvérsia levou a Corte Superior a julgá-la sob o rito dos recursos especiais repetitivos, na forma do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973¹⁵. Destarte, o entendimento até então aplicado foi enfim consolidado formalmente, haja vista ter sido fixado no julgamento do recurso especial nº 1.262.933/RJ que o devedor deveria ser intimado na pessoa de seu advogado para efetuar o pagamento fixado em sentença¹⁶.

No que diz respeito ao modo de intimação das sentenças instituidoras de obrigações de fazer ou não fazer, com base no entendimento exprimido pelo Ministro Humberto Gomes de Barros no agravo regimental no agravo de instrumento nº 774.196/RJ e em outros dois acórdãos da Corte Cidadã¹⁷, foi editada a Súmula nº 410, cujo teor reza que a “prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer¹⁸”.

Apesar da edição do enunciado sumular, a questão atinente ao modo de intimação do executado para cumprimento dessas espécies de obrigação não restou tão logo pacificada, tendo passado a ser objeto de divergências no próprio Superior Tribunal de Justiça.

Em 2011, foram opostos os embargos de divergência nº 857.758/RS em face de uma decisão denegatória de recurso especial proferida pelo Ministro Luís Felipe Salomão, em que foi considerado que não seria razoável que o executado fosse intimado pessoalmente para cumprir a obrigação de fazer. No julgamento dos embargos, foram feitas diversas considerações, relativas às reformas do CPC, à unidade do sistema de execução civil, ao cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, ao entendimento consolidado para a obrigação de pagar quantia certa. Feitas tais considerações, restou decidido pela Segunda Seção

¹⁵ Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

¹⁶ “Para fins do art. 543-C do CPC: Na fase de cumprimento de sentença, o devedor deverá ser intimado, na pessoa de seu advogado, mediante publicação na imprensa oficial, para efetuar o pagamento no prazo de 15 (quinze) dias, a partir de quando, caso não o efetue, passará a incidir a multa de 10% (dez por cento) sobre montante da condenação (art. 475-J do CPC)”. (REsp 1262933/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/06/2013, DJe 20/08/2013).

¹⁷ AgRg nos EDcl no REsp 1067903/RS e AgRg no Ag 774196/RJ.

¹⁸ Súmula 410, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 16/12/2009, REPDJe 03/02/2010.

que a intimação do devedor para cumprimento de sentença que fixa obrigações de fazer e não fazer poderia ser feita na pessoa do advogado do executado, sendo legítima a cobrança de multa por seu descumprimento¹⁹.

Diante disso, intuiu-se pela existência de conflito entre o entendimento sedimentado nos embargos de divergência e o enunciado da Súmula nº 410 da Corte Superior. No entanto, em pouco tempo a Ministra Nancy Andrighi, relatora dos Embargos de Divergência, se manifestou no julgamento do recurso especial nº 1.121.457/PR, oportunidade em que cuidou de esclarecer que não havia conflito, uma vez que o enunciado sumular ficou restrito às obrigações de fazer e não fazer anteriores à vigência da Lei nº 11.232/2005, ao passo que o entendimento fixado nos Embargos de Divergência nº 857.758/RS se aplicaria às obrigações posteriores à vigência de tal Lei²⁰.

Ocorre que, aparentemente, o entendimento exarado pela Ministra não foi acatado por parte dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça e, desse modo, iniciou-se uma clara divergência no que tange ao modo de intimação para cumprimento de obrigações de fazer e não fazer no âmbito da Corte Cidadã.

Vários Ministros continuaram a aplicar o enunciado da Súmula nº 410 aos cumprimentos de sentença iniciados após a entrada em vigor da Lei nº 11.232/2005²¹, principalmente após o julgamento do recurso especial nº 1.349.790, em que a Ministra Relatora Maria Isabel Gallotti asseverou que o entendimento sintetizado na referida Súmula continuava válido para as obrigações fixadas após a entrada em vigor da Lei nº 11.232/2005, com esteio no argumento de que, além de tal Súmula ter sido editada em 2009, isto é, anos após o início da

¹⁹ “A intimação do devedor acerca da imposição da multa do art. 461, § 4º, do CPC, para o caso de descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, pode ser feita via advogado porque: (i) guarda consonância com o espírito condutor das reformas que vêm sendo imprimidas ao CPC, em especial a busca por uma prestação jurisdicional mais célere e menos burocrática, bem como a antecipação da satisfação do direito reconhecido judicialmente; (ii) em que pese o fato de receberem tratamento legal diferenciado, não há distinção ontológica entre o ato de fazer ou de pagar, (...); (iii) eventual resistência ou impossibilidade do réu dar cumprimento específico à obrigação terá, como consequência final, a transformação da obrigação numa dívida pecuniária, sujeita, pois, à multa do art. 475-J do CPC que, como visto, pode ser comunicada ao devedor por intermédio de seu patrono; (iv) a exigência de intimação pessoal privilegia a execução inespecífica das obrigações, tratada como exceção pelo próprio art. 461 do CPC; (v) uniformiza os procedimentos, simplificando a ação e evitando o surgimento de verdadeiras “arapucas” processuais que confundem e dificultam a atuação em juízo, transformando-a em terreno incerto. (EAg 857.758/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/02/2011, DJe 25/08/2011).

²⁰ No julgamento do EAg 857.758/RS ficou estabelecido que, diante do panorama processual estabelecido a partir da Lei 11.232/2005, seria desnecessária a intimação pessoal da parte para que se iniciasse o prazo de que disporia para cumprir uma obrigação de fazer(...) para as obrigações anteriores ao novo regime processual, contudo, permanece a orientação estabelecida no Enunciado 410 da Súmula/STJ. (REsp 1121457/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 20/04/2012).

²¹ Pode-se citar, dentre outros: EDcl no REsp 895629 / SP. AgRg no REsp 1244093 / SP. AgRg no AREsp 133089 / RS. AgRg no REsp 1259764 / MG.

vigência de tal lei, não foi feita qualquer ressalva em seu texto no sentido de que sua aplicação ficaria restrita às obrigações anteriores a ela²².

Nesse cenário de divergências doutrinárias e jurisprudenciais e, principalmente de insegurança jurídica, foi promulgado o Código de Processo Civil de 2015, cuja vigência se iniciou em 18 de março de 2016. Da análise do sistema de execução civil estabelecido pelo NCPC, ficou nítido que o Legislador objetivou dar fim a essa controvérsia, uma vez que o modo de intimação do executado para o cumprimento de sentença foi estabelecido em disposições gerais, a fim de uniformizar o procedimento de comunicação processual para todas as espécies de obrigação.

No artigo 513, §2º, inciso I, do Diploma Processual Civil, foi sedimentado que o devedor deveria ser intimado para cumprir a sentença “pelo Diário da Justiça, na pessoa de seu advogado constituído nos autos”. Os incisos subsequentes cuidaram de elencar as exceções a essa regra.

Por conseguinte, haveria de se concluir que a extensa e duradoura controvérsia relativa ao modo de intimação do executado para o cumprimento de sentença, que assolou a comunidade jurídica após as reformas do antigo Código de Processo Civil e ocasionou patente insegurança jurídica aos litigantes, teria sido de uma vez por todas pacificada. No entanto, para surpresa de muitos, ao julgar a antiga controvérsia nos embargos de divergência nº 1.360.577/MG em 2019, o Superior Tribunal de Justiça manifestou o seguinte entendimento:

“PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO. MULTA DIÁRIA. NECESSIDADE DA INTIMAÇÃO PESSOAL DO EXECUTADO. SÚMULA 410 DO STJ. 1. É necessária a prévia intimação pessoal do devedor para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer antes e após a edição das Leis n. 11.232/2005 e 11.382/2006, nos termos da Súmula 410 do STJ, cujo teor permanece hígido também após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil. 2. Embargos de divergência não providos” (Brasil, 2019).

Observa-se que a Corte Cidadã, mesmo após a nova regra trazida pelo CPC/2015, reafirmou seu antigo entendimento no sentido de que o executado deve ser intimado pessoalmente para cobrança da multa por descumprimento das obrigações de fazer ou não fazer, nos moldes sintetizados na Súmula nº 410 da respectiva Corte. Mas sob a ótica de uma nova legislação processual, com novos princípios, o que justifica manter o velho problema quanto ao

²² "A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer." Entendimento compendiado na Súmula n. 410, editada em 25.11.2009, anos após a entrada em vigor da Lei 11.232/2005, o qual continua válido em face do ordenamento jurídico em vigor. Esclarecimento do decidido pela 2ª Seção no EAg 857.758-RS. (REsp 1349790/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/09/2013, DJe 27/02/2014).

modo de intimação pessoal do executado para o cumprimento de sentença? Isso não gera insegurança jurídica e implica num retrocesso processual?

4 INTIMAÇÃO PESSOAL PARA O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA: NOVA LEGISLAÇÃO, VELHOS PROBLEMAS

A elaboração de um novo Diploma teve como um dos principais objetivos a resolução de problemas existentes entre a comunidade jurídica sob a égide do CPC/73. Logo na exposição de motivos do anteprojeto do CPC/2015 esse ideal fica evidente quando a comissão explica que na “elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais deste trabalho: resolver problemas²³”.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, acreditou-se que a longa contenda envolvendo a intimação do executado no cumprimento de sentença teria sido, enfim, pacificada. No atual Diploma, foram estabelecidas disposições gerais sobre o cumprimento de sentença. Neste capítulo em que acostadas as disposições gerais, foi estabelecido o modo pelo qual o executado deveria ser comunicado para cumprir a decisão judicial. Ou seja, um Código que tinha por objetivo resolver problemas existentes sob a égide do antigo Diploma unificou o modo de comunicação processual do executado para cumprimento de sentença, com nítido escopo de pôr fim àquela extensa controvérsia.

No art. 513, §2º, inciso I, foi estabelecida a regra para o procedimento de comunicação, tendo sido definido que o devedor deveria ser intimado para cumprir a sentença “pelo Diário da Justiça, na pessoa de seu advogado constituído nos autos”. As exceções a esta regra foram acostadas nos demais incisos.

Se por disposição legal expressa foi definido que a intimação do advogado do executado para o cumprimento de sentença é suficiente, ao menos em tese o enunciado da Súmula nº 410 da STJ estava superado, ou ao menos sua aplicação se restringiria aos cumprimentos de sentença iniciados anteriormente ao início da vigência do Código de 2015, uma vez que a multa por descumprimento das obrigações de fazer ou não fazer poderia ser aplicada mesmo diante da intimação do executado na pessoa de seu advogado.

Apesar disso, o Superior Tribunal de Justiça, guardião da Lei Federal, reafirmou seu entendimento no sentido de que, mesmo após a entrada em vigor do Código de Processo Civil

²³ BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil**. <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 08 de abril de 2020.

de 2015, é imprescindível a intimação pessoal do executado para que a multa por descumprimento de obrigações de fazer ou não fazer fixadas em decisão judicial possa ser cobrada, com base na Súmula nº 410, cujo teor se declarou ter permanecido hígido.

Mas se a disposição legal é clara no sentido de que basta a intimação do executado na pessoa de seu advogado para que possa ser aplicada a multa, e o Superior Tribunal de Justiça tem como função garantir a vigência das leis federais, sob que justificativa a Corte da Cidadania manteve seu antigo entendimento? Para responder esta pergunta, é necessário analisar a fundamentação dos embargos de divergência nº 1.360.577/MG, em que se decidiu pela manutenção do antigo entendimento e do teor da Súmula nº 410.

Da análise das razões de decidir do EREsp 1360577/MG, observa-se que a divergência posta a apreciação da Corte Cidadã se restringiu a aplicação ou não da Súmula nº 410 aos cumprimentos de sentença iniciados posteriormente à Lei nº 11.232/2005. Ou seja, a divergência que se objetivou ver sanada mediante a oposição dos embargos dizia respeito unicamente à questão da (des)necessidade de intimação pessoal do executado para cumprimento das sentenças fundada em obrigação de fazer ou não fazer iniciados após a reforma de 2005. A questão da aplicação do teor da Súmula nº 410 após a promulgação do Código de Processo Civil de 2015 não integrou a divergência e sequer foi julgada pela Turma Julgadora para que se pudesse consolidar o entendimento exarado na ementa.

Através de uma breve leitura da íntegra do Acórdão é possível constatar que, com relação à questão da manutenção do teor da Súmula nº 410 após o advento do Código de Processo Civil de 2015, tem-se a seguinte situação: (i) o Ministro Relator Humberto Martins e os Ministros João Otávio de Noronha e Mauro Campbell não se pronunciaram; (ii) o Ministro Luís Felipe Salomão tão somente pontuou que a doutrina acata o enunciado sumular mesmo após a promulgação do CPC de 2015; (iii) a Ministra Nancy Andrigli e o Ministro Herman Benjamin asseveraram que o CPC de 2015 unificou os procedimentos de cumprimento de sentença e estabeleceu como regra a intimação na pessoa do advogado do devedor.

Destarte, observa-se que nesta orientação consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça (i) 03 (três) ministros não votaram; (ii) (02) dois ministros se posicionaram de forma contrária à orientação consolidada e; (iii) somente um Ministro se manifestou no sentido da tese consolidada na súmula. Ou seja, este entendimento de que o teor da Súmula nº 410 permanece íntegro mesmo após a entrada em vigor do Código de Processo Civil, que é um entendimento dado como pacífico e que é aplicado na resolução de todos os recursos especiais que versam sobre esta matéria, foi consolidado em flagrante inobservância do devido processo legal.

Mas o pior é que, ao manter hígido o teor da Súmula nº 410 mesmo sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, dos princípios e disposições por ele instituídos o Superior Tribunal Justiça está fazendo justamente aquilo que lhe compete impedir, haja vista estar negando vigência às novas Disposições Processuais Cíveis, sobretudo ao artigo 513, §2º.

A Constituição Federal atribuiu ao Superior Tribunal de Justiça a função de salvaguardar a vigência e a correta aplicação e interpretação das leis federais. Trata-se de tarefa indispensável à garantia da eficácia do sistema federal e da segurança jurídica. Quando a Corte que detém a última palavra no que tange a lei federal mantém uma Súmula em detrimento das disposições legais, ela compromete a própria estrutura do estado democrático de direito, na medida em que coloca em xeque a garantia de que as leis, as normas jurídicas que regulamentam a vida em sociedade, são ato primário do poder legislativo, isso é, dos representantes do povo e dos estados da federação, e não do poder judiciário (Coura, 2018).

Se o procedimento de comunicação processual do executado para o cumprimento de sentença foi unificado no Código de Processo Civil, em hipótese alguma a Corte Cidadã poderia manter hígida a Súmula nº 410, que não se compatibiliza com as novas disposições, visto que não se pode admitir que uma Súmula prevaleça sobre a vontade legislativa. Nos dizeres de Humberto Theodoro Júnior:

Sendo evidente, porém, a vontade normativa, expressa pelo CPC/2015, de uniformizar a forma de realizar a intimação executiva para o cumprimento de todas as obrigações, parecia-nos injustificável a tentativa de fazer prevalecer uma súmula assentada no regime da lei velha sobre regra claramente adotada pelo legislador atual, em sentido contrário. Só uma inconstitucionalidade irremediável da inovação legislativa justificaria sua recusa, o que, a nosso ver, não acontece com uma regra processual que apenas expande uma forma de intimação de longa data admitida na regulamentação de outros procedimentos de cumprimento de sentença (Theodoro Junior, 2020, p. 22).

Nesse mesmo sentido, Cassio Scarpinella Bueno teceu as seguintes considerações:

Assim, ainda que se quisesse manifestar concordância com aquele entendimento à época de sua edição no ano de 2009 sob a vigência do CPC de 1973, já alterado pela Lei n. 11.232/2005, a diretriz não pode subsistir às opções legislativas (e suficientes) feitas a respeito e que devem prevalecer, consoante o caso. Bastantes, por isso, as considerações acerca do § 2º do art. 513 (Bueno, 2019, p. 548).

Independente de se concordar ou não com a opção legislativa, não se pode ignorá-la, tornando-a letra morta (Frota Junior). Se a lei em que se fundou a edição da Súmula nº 410 foi revogada, e em seu lugar foi estabelecida uma nova lei, que trouxe disposições que não se compatibilizam com o verbete sumular, é necessário que ocorra seu cancelamento ou revisão,

diante da evidente superação do entendimento nela resumido, de modo a garantir a vigência da lei.

Nada justifica a manutenção da Súmula nº 410 do Superior Tribunal de Justiça após o início da vigência do Código de Processo Civil de 2015. Além de ter posto fim a longa controvérsia relativa ao modo de comunicação processual do executado para cumprimento de sentença, o Diploma vigente ratificou uma tendência processual que se observava desde as reformas operadas no Código de Processo Civil de 1973, consistente em garantir a efetivação do direito em tempo razoável, prescindido de formalidades desnecessárias, e mediante a colaboração de todos os integrantes da administração da justiça, para que se alcance uma eficiência processual.

A Súmula nº 410 caminha em sentido contrário dessa tendência, pois compromete a efetivação do direito, a eficiência do processo e sua razoável duração, que são princípios albergados pelo atual Diploma. Não há como garantir eficiência e celeridade processual com a manutenção da exigência de intimação pessoal do executado para que se possa aplicar multa pelo descumprimento das obrigações de fazer ou não fazer fixadas em Decisão Judicial.

O procedimento de cumprimento de sentença, que se presta para efetivação do direito, somente será eficiente caso a intimação do executado por meio de seu advogado seja suficiente para que se possa aplicar multa pelo descumprimento das obrigações mencionadas, pois só assim se impedirá as fugas, ocultações e demais medidas tomadas pelos executados para dificultar a perfectibilização da comunicação processual e retardar o cumprimento da determinação judicial.

É cediço que, comumente, as obrigações de fazer e de não fazer são dotadas de urgência. Caso se exija a intimação pessoal do executado para que ele seja coagido a cumprir a ordem judicial, é possível que, em razão da demora, o cumprimento da obrigação deixe de ser útil ou interessante ao exequente. Mas se o processo não é capaz de garantir a satisfação do direito do exequente, por certo ele é ineficiente. Por outro lado, a intimação do executado por meio de seu advogado coaduna totalmente com os princípios albergados por nosso ordenamento jurídico, haja vista assegurar bem mais a satisfação do direito, de modo célere, mas sem mitigar o devido processo legal, o que denota clara eficiência processual (Silva, 2017).

É fato que o cumprimento destas obrigações é ato pessoal indelegável do executado. No entanto, conforme leciona Cassio Scarpinella Bueno: “o advogado é, nos casos em que representa o seu constituinte em juízo, verdadeiro elo de contato entre o que ocorre no plano material e no plano processual” (Bueno, 2008). A Constituição Federal consagrou a figura do

advogado como indispensável à administração da justiça²⁴ e, o Código de Processo Civil sedimentou expressamente princípio da cooperação entre os integrantes da referida administração (art. 6º)²⁵. Portanto, é essencial que o advogado atue em conjunto com os demais agentes do processo para que a eficiência processual visada seja alcançada. Sua cooperação, no caso, consiste em cientificar o executado da determinação judicial que lhe foi imposta, garantido assim, celeridade, efetividade e, com isso, eficiência ao processo (Bueno, 2008).

A eficiência do sistema de cumprimento de sentença foi pensada com base na uniformização do modo de comunicação processual do executado, através de seu estabelecimento nas disposições gerais, tendo sido definido no artigo 513, §2º, inciso I, do atual Diploma, que a regra seria de que o executado deveria ser intimado na pessoa de seu advogado. Através dessa regra, é possível evitar atitudes furtivas e maliciosas daqueles executados que se ocultam ou que praticam atos tendentes a se esvair do cumprimento das obrigações estabelecidas em sentença.

Essa regra, por ser geral, se aplica a todas as espécies de obrigações fixadas nas decisões exequendas, inclusive as de fazer ou não fazer. Através de uma interpretação sistemática deste Códex, percebe-se que, quando o legislador objetivou fixar uma exceção à regra da intimação na pessoa do advogado, ele assim fez de maneira expressa, consoante se depreende da leitura do artigo 528 do Código de Processo Civil²⁶, em que foi estabelecido de modo expresso que o devedor será intimado pessoalmente da sentença que reconheça obrigação de prestar alimentos (Frota Junior, 2019). Logo, caso houvesse intenção de que essa exceção fosse feita também para comunicação das obrigações de fazer e não fazer, ou qualquer outra, por certo o legislador teria feito expressamente.

O Código de 2015 também estabeleceu que o comparecimento espontâneo do réu supre a ausência ou nulidade da citação²⁷. Ou seja, se há uma hipótese legal em que a convocação do demandado ao processo se considera realizada mesmo prescindida de sua comunicação pessoal, não há razão para exigir que o executado, que já possui advogado constituído nos autos e que

²⁴ Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

²⁵ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

²⁶ Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.

²⁷ Art. 239, §1º O comparecimento espontâneo do réu ou do executado supre a falta ou a nulidade da citação, fluindo a partir desta data o prazo para apresentação de contestação ou de embargos à execução.

através dele foi intimado ao longo de todo processo, seja comunicado pessoalmente de um ato processual previsível²⁸, como o de determinação do cumprimento da sentença.

Se entre os escopos da elaboração do Código de Processo Civil de 2015 estava resolver problemas e dar todo o rendimento possível a cada processo, com o fim de conferir-lhe maior eficiência, é indispensável também que as novas disposições e princípios consagrados sejam respeitados, uma vez que não há como alcançar eficiência processual sem a observância do ordenamento jurídico vigente (Pinheiro, 2010).

Manter hígida a Súmula nº 410 do Superior Tribunal de Justiça diante dos termos do artigo 513, §2º, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015, bem como dos princípios albergados por este Diploma, significa retroceder às conquistas processuais alcançadas que se prestam para garantir a eficiência do processo, e em nítida violação de nosso sistema legal, tendo em vista se tratar de uma negativa de vigência às disposições do Código vigente.

5 CONCLUSÃO

Antes do início da vigência do Código de Processo Civil de 2015, era até justificável que o Superior Tribunal de Justiça estabelecesse o modo de comunicação processual para cumprimento da sentença, tendo em vista que, apesar de as reformas processuais terem estabelecido uma tendência de primazia a celeridade e a efetividade, a legislação processual apresentou várias lacunas neste ponto.

Contudo, no atual Código, o legislador cuidou de estabelecer expressamente o modo pelo qual haveria de se dar a comunicação processual do executado para cumprimento de sentença. Considerando que a elaboração do Códex vigente teve por um dos escopos estabelecer um sistema de execução eficiente, capaz de garantir a satisfação do direito em tempo razoável, enquanto ainda é útil ao exequente, foi estabelecido no art. 513, §2º, inciso I, que a regra é de que o executado será intimado para o cumprimento da sentença pelo Diário de Justiça, na pessoa de seu advogado, que, como figura indispensável à administração da justiça, deve cooperar com os demais agentes do processo para que se alcance a eficiência almejada.

Diante da opção legislativa pela intimação na pessoa do advogado do executado, que foi pensada visando a eficiência que se pretendia alcançar, nada justifica a manutenção do velho entendimento sistematizado na Súmula nº 410 de que, nos cumprimentos de sentença fundada

²⁸ Diz-se previsível, pois, em decorrência do dever que o advogado tem de informar o cliente dos riscos de sua pretensão, previsto no art. 9º do Código de Ética e Disciplina da OAB, presume-se que o executado foi cientificado da hipótese de lhe ser ordenado o cumprimento de uma obrigação, no caso de sucumbência.

em obrigação de fazer ou não fazer, é necessária a intimação pessoal do executado para que possa ser cobrada a multa pelo descumprimento. Ao sobrepor seu entendimento sobre a expressa vontade do legislador, sem qualquer amparo legal, e nestas circunstâncias, o Superior Tribunal de Justiça, a quem incumbe salvaguardar a vigência da Lei Federal, tem feito justamente o contrário, haja vista estar negando vigência ao art. 513, §2º, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015, além de caminhar em sentido contrário dos princípios albergados por este Diploma.

E não bastasse o entendimento firmado negar vigência ao aludido dispositivo, assim o faz através de uma ementa formulada ao arrepio da técnica, que consagra um posicionamento que não foi julgado pela turma julgadora e exprimiu tão somente o entendimento de um único Ministro, pelo que se pode observar.

Por estas razões, é imprescindível que a Corte Cidadã reveja seu entendimento no que diz respeito à aplicação da Súmula nº 410 após o início da vigência do Código de Processo Civil. Ou o Superior Tribunal de Justiça declara que a Súmula nº 410 está superada, ou restringe sua aplicação aos cumprimentos de sentença iniciados antes da entrada em vigor do Código de 2015.

Cabe à comunidade jurídica conceder maior repercussão ao tema, a fim de que sua discussão chegue à Corte Superior, de tal modo que o tema possa ser incluído em pauta para ser reavaliado e julgado em conformidade com as disposições do Código de Processo Civil de 2015, a fim de evitar uma desarmonia entre os Poderes da União.

REFERÊNCIAS

BARROS FILHO, M. T. L. De. **Aspectos polêmicos da nova execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Aspectos polêmicos da nova execução, v. 4.).

BONICIO, Marcelo J. M. **Comentários à execução civil: título judicial e extrajudicial (artigo por artigo)** / Donaldo Armelin... [et al.]; apresentação Luiz Guilherme Marinoni. – 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Câmara dos deputados. **Projeto de Lei nº 8.046/2010**. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8436DC3B3C03395BDEB2544FFFFD18C5.proposicoesWebExterno1?codteor=831805&filename=PL+8046/2010. Acesso em: 08 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869/impressao.htm. Acesso em: 03 dez. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994. **Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8952.htm. Acesso em 03 de dez. de 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002.** Altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110444.htm. Acesso em 03 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005.** Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11232.htm. Acesso em 03 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 03 dez. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil.** <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 08 abr. 2020.

BUENO, C. S. **Aspectos polêmicos da nova.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Aspectos polêmicos da nova execução, v. 4.).

BUENO, C. **Curso sistematizado de direito processual civil: v3: tutela jurisdicional executiva.** 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BUENO, C. S. **Novo Código de Processo Civil anotado.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

COURA, A. C.; PAULA, Q.C.de. Ativismo judicial e judicialização da política: sobre o substancialismo e procedimentalismo no Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 116, pp. 63-112, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/511>. Acesso em: 07 ago. 2020.

FROTA JÚNIOR, C.S. **O Código de Processo Civil de 2015 e o enunciado n. 410 da súmula do STJ: a intimação pessoal como requisito para imposição das *astreintes*.** Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 13. Volume 20. Número 1. janeiro a abril de 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/redp.2019.34923>. Acesso em: 04 ago. 2020.

LIMA, D. P. Art. 273. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS, S. G. **Código de Processo Civil Anotado.** OAB Paraná. AASP. 2015).

MEDINA, J. M. G **Execução civil: teoria geral: princípios fundamentais** 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tulio Liebman; 48).

PINHEIRO, G. C. **Uma crítica às intermináveis reformas processuais: por uma compreensão constitucionalmente adequada da razoável duração do procedimento e da efetividade do processo.** Revista Estudos Jurídicos UNESP, Franca, A. 14 n.19, p. 01-404, 2010. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22171/rej.v14i19.238>. Acesso em: 07 ago. /2020.

SANTOS, W. Q. Art. 513. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SAVARIS, J. A. **Comentários ao código de processo civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SICA, H.V. M. **Comentários ao novo Código de Processo Civil.** 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVA, J. M. Os novos mecanismos de efetivação do direito fundamental à tutela jurisdicional executiva efetivam e tempestiva previstos no NCPC (Lei 13.105/15). **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, v. 22 - n. 1 - jan-abr 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.14210/nej.v22n1.p6-28>. Acesso em: 06 ago. v2020.

SOUZA, A. P. de. **Aspectos polêmicos da nova.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Aspectos polêmicos da nova execução, v. 4.).

THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de direito processual civil.** 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

THEODORO JÚNIOR, H., 1938- **Processo de execução e cumprimento de sentença.** 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2012.

O ELEMENTO SUBJETIVO DOLO NOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: DIRETRIZES DA LEI Nº 14.230/2021

BORGES, Diego da Mota¹

PEREIRA, Millene Nascimento Assis²

ISSUE DOI: 10.3738/1982.2278.4580

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo compreender o motivo pelo qual a Lei nº 14.230, de 2021, que promoveu alterações na Lei de Improbidade, dentre outras mudanças, passou a exigir o elemento subjetivo do dolo para a caracterização de atos de improbidade, afastando as condutas culposas. A escolha do tema se justifica pelo fato de que o Poder Judiciário demandará uma análise mais rigorosa do conjunto probatório para identificar, de forma detalhada, se o agente agiu com dolo e, assim, imputar a responsabilização adequada. Para atingir esse objetivo, foi realizada uma revisão bibliográfica de obras especializadas em Direito Administrativo e em Direito Administrativo Sancionador, com ênfase nos aspectos relacionados à Lei de Improbidade Administrativa. Além disso, a metodologia incluiu uma análise do posicionamento histórico do Superior Tribunal de Justiça quanto à modalidade necessária para a responsabilização no âmbito dessa lei. Após a análise e os estudos desenvolvidos, conclui-se que a exigência do dolo para a caracterização de atos de improbidade não representa uma inovação legislativa, mas uma alteração que já era amplamente antecipada pela doutrina e pela jurisprudência nacional.

Palavras-chave: Administração Pública. Improbidade Administrativa. Direito Administrativo Sancionador. Dolo.

THE SUBJECTIVE ELEMENT OF INTENT IN ACTS OF ADMINISTRATIVE IMPROBITY: GUIDELINES OF LAW Nº 14.230/2021

SUMMARY: This paper aims to understand why Law No. 14.230 of 2021, which amended the Administrative Improbability Law among other changes, began to require the subjective element of intent for the characterization of acts of improbity, thereby excluding negligent conduct. The choice of topic is justified by the fact that the Judiciary will demand a more rigorous analysis of the evidentiary set to determine, in detail, whether the agent acted with intent and, consequently, to impose appropriate liability. To achieve this objective, a bibliographic review of specialized works in Administrative Law and Sanctioning Administrative Law was conducted, with an emphasis on aspects related to the Administrative Improbability Law. Furthermore, the methodology included an analysis of the historical stance of the Superior Court of Justice regarding the necessary modality for accountability under this law. After the analysis and the studies conducted, it is concluded that the requirement of intent for the characterization of acts of improbity does not represent a legislative innovation, but rather an amendment that had already been widely anticipated by both doctrine and national jurisprudence

Keywords: Public administration. Administrative dishonesty. Sanctioning Administrative Law. Dolo.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Histórico da Lei de Improbidade Administrativa. 3. Direito Administrativo Sancionador. 4. Elemento subjetivo dolo na Lei de Improbidade Administrativa. 5. Jurisprudência acerca do dolo nas ações de improbidade administrativa anterior a nova Lei nº 14.230/21. 6. Considerações finais.

¹ Mestre em desenvolvimento regional pelo Centro Universitário Municipal de Franca, Uni-FACEF/SP. Docente na Faculdade Dr. Francisco Maeda - FAFRAM desde 2022. Advogado

¹ Bacharel em direito Faculdade Dr. Francisco Maeda – FAFRAM/SP.

1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública fundamenta-se em diversos princípios constitucionais que orientam seu funcionamento, seja na prestação ou na contratação de serviços. Dessa forma, é imperativo que o agente público exerça suas funções com honestidade, transparência e integridade, sob pena de responder, judicialmente, por atos de improbidade.

A Lei de Improbidade nº 14.230, de 2021, alterou dispositivos da Lei nº 8.429/92, sendo a principal modificação a exclusão da modalidade culposa na configuração dos atos de improbidade administrativa. Assim, passou a ser exigida a presença do elemento subjetivo do dolo, responsabilizando-se exclusivamente aqueles que, de forma livre e espontânea, contrariam os preceitos administrativos constitucionais.

A relevância deste estudo reside na necessidade de comprovar o dolo para a condenação de atos de improbidade, o que impõe ao Poder Judiciário uma análise mais criteriosa do conjunto probatório. É fundamental que se verifique, de maneira inequívoca, a vontade e a intenção do agente de praticar o ato ímprobo contra a Administração Pública, de modo a afastar a responsabilização de condutas meramente culposas ou praticadas com má-fé.

Diante dessa alteração legislativa, emerge o seguinte problema de pesquisa: qual a razão para o legislador responsabilizar apenas os atos de improbidade dolosos? Teria havido influência do Direito Administrativo Sancionador nas novas alterações promovidas na Lei de Improbidade Administrativa? Tais indagações orientam a presente investigação.

O objetivo geral deste trabalho é compreender os motivos que levaram o legislador a incluir a exigência de comprovação do dolo na Lei de Improbidade Administrativa. De forma específica, busca-se analisar a introdução do dolo sob a perspectiva do Direito Administrativo Sancionador, bem como a desnecessidade de condenar atos caracterizados apenas pela culpa. Embora a Lei nº 14.230/21 tenha promovido diversas alterações, o enfoque deste estudo restringe-se à modificação referente ao elemento subjetivo do dolo.

Para a conclusão desta pesquisa, formulam-se duas hipóteses: a primeira postula que a exigência do dolo para a caracterização dos atos de improbidade foi inspirada pela influência do Direito Administrativo Sancionador; a segunda defende que tal alteração representa uma inovação legislativa em si mesma.

A metodologia adotada consistiu em análises doutrinárias e na revisão de artigos científicos relacionados ao Direito Administrativo Sancionador, à Lei de Improbidade Administrativa, ao Direito Administrativo em geral e aos entendimentos jurisprudenciais pertinentes.

2 HISTÓRICO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Desde a Roma Antiga, a sociedade vem combatendo atos de corrupção e improbidade, uma batalha histórica que continua a apresentar reflexos na atualidade. Embora a corrupção seja um fenômeno secular, sua essência permanece vinculada à violação de normas, à depravada e aos prejuízos decorrentes da venalidade no exercício da função pública (Garcia, Alves, 2017).

Conforme exposto por Felipe Eduardo Hideo Hayashi, a corrupção, em seu sentido mais amplo – que abrange tanto o desvirtuamento quanto o corrompimento – não se restringe ao campo do Direito, sendo também objeto de estudo na Psicologia, Sociologia e Ética. Esses campos analisam como fatores temporais, culturais e costumes influenciam a conceituação de um ato como corrupto (Hayashi, 2015).

No contexto brasileiro, os estudos indicam que os problemas relacionados à corrupção têm raízes históricas profundas e se agravam devido ao mau uso das finanças públicas, ao controle autoritário, ao patrimonialismo e a outras falhas administrativas ocorridas no âmbito governamental (Tamasauskas, 2019).

A esse respeito, o renomado autor Aloísio Zimmer Júnior resume que:

O fenômeno da corrupção não é um mal necessário e, com o fortalecimento do Estado de Direito, despontaram leis com foco no combate ao “abuso do cargo público (ou da função pública) para obtenção de ganhos privados”, ou seja, o desenvolvimento de uma política anticorrupção está sintonizado com a defesa dos valores republicanos. Em matéria de combate à corrupção, a transposição do campo da ética para o campo político-jurídico parte da premissa de que a corrupção é um fenômeno intrínseco ao comportamento humano, sendo insuficiente tentar controlá-la apenas a partir de um referencial ético de virtude humana. Seria necessário, assim, agregar a esse combate uma organização jurídico-estatal que, por meio de leis, crie deveres prosperidade da *polis*. Um microssistema jurídico, amparado pela estrutura geral, com princípios e regras suficientes para produzir um represamento das vontades pessoais com vocação para o ilícito. (Zimmer Júnior, 2018, p. 37).

Segundo as informações narradas acima, é por esse motivo que constatou que seria necessário a sociedade utilizar-se de meios suficientes que prezem pelos preceitos da Administração Pública, o que a história por si só demonstra, desde a criação de medidas repressivas medievais até as recentes instaurações de procedimentos disciplinares, tudo em busca de proteger a integridade do Poder Público da natureza corrupta do ser humano.

Os autores Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, bem destacam que “em que pese ser flagrante o aprimoramento dos institutos, o bom sensor estava a demonstrar que também deveria ser reconhecida a mera responsabilidade patrimonial, ainda que ausente qualquer

infração à lei penal”, interpretação esta responsável pela evolução histórica da Lei de Improbidade Administrativa (Garcia, Alves, 2017, p. 272).

Ou seja, historicamente, o progresso do que se entende pela LIA (Lei de Improbidade Administrativa) houve sentido quando se buscou não somente a punição das condutas ilícitas do agente advindas de uma infração penal, mas também pelas reparações cíveis daquele prejuízo gerado dentro da Administração Pública, seja moralmente, seja materialmente.

Só se tornou possível a solidificação do que se entende pela Lei de Improbidade Administrativa atual, pela existência de modelos normativos históricos em busca da proteção do patrimônio público, bem como o zelo da probidade administrativa de seus servidores. A preocupação com a Administração Pública existe desde o Código Criminal do Império, até a Consolidação das Leis Penais, encaminhando da seara criminal para a administrativas graças a olhares voltados para os fundamentos éticos, civis e administrativos (Fazzio Júnior, 2018).

Atualmente, a Lei de Improbidade Administrativa vigente no ordenamento jurídico brasileiro conta com uma base constitucional, que entre outras coisas, elencam alguns princípios que regem a Administração Pública através do seu artigo 37, §4º que dispõe que “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte” (Brasil, 1988).

Apesar da Constituição Federal vigente mencionar tais princípios, trata-se de um rol exemplificativo de possíveis princípios aplicáveis, havendo uma ampla gama de outros princípios norteadores que são pertinentes aos atos relacionados a Administração Pública, como por exemplo, o princípio da probidade administrativa.

Para Juarez Freitas, o princípio da probidade administrativa visa o exercício de atos leais e honestos para com a Administração Pública, não se bastando a mera ameaça ao erário público. Quando viola qualquer princípio que rege a Administração, é o momento em que viola também o princípio da probidade administrativa, entendendo-se pelo dano mensurável, de forma moral ou material, porém que tenha afetado o bem público (Freitas, 1996).

Em razão disso, é que a Lei de Improbidade Administrativa é construída por inúmeros princípios constitucionais e administrativos, que em conjunto entram em harmonia para um só fim: proteger as Entidades Públicas de ações de má-fé e desonestidade, intuito buscado em outros modelos e em ordenamentos primitivos (Brasil, 1992).

Nessa perspectiva, Hely Lopes Meirelles defende que é com base nesses princípios que devem se pautar os atos e atividades administrativas provenientes daqueles que exercem alguma

função no Poder Público, destacando ainda, nessa mesma obra, que: “Relegá-los é desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais” (Meirelles, Filho, 2016 p. 92).

A LIA embora faça parte de um microssistema de combate a corrupção no âmbito do Poder Público, também reforça a necessidade das ações dos agentes públicos estejam em harmonia com o princípio da moralidade, como bem destaca a autora Maria Silvia Di Pietro:

sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa (Pietro, 2018, p. 146)

É por essa e outras razões que atualmente, a LIA em seu artigo 11 reprovava os atos que atentam contra os princípios da administração pública, como forma de demonstrar a necessidade de integridade nas condutas exercidas no campo da função pública.

A Lei de Improbidade foi construída com base na Lei nº 3.502/58, normativa esta que era responsável pelo perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso do cargo ou função, a qual já propagava há época que o papel do agente público deve estar em harmonia não só com a legislação, como também com a moralidade administrativa e aos demais princípios (Fazzio Júnior, 2018).

Nos próximos tópicos serão abordados sobre a principal mudança feita na Lei nº 8.429/92, realizada através da Lei nº 14.230/21. Contudo, adianta-se que foi inserido no ano de 2021, o §4º do 1º da LIA, onde dispõe que “aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador”, reiterando ainda mais a construção histórica da mencionada Lei.

Com advento desse parágrafo, teve como pacificado um grande impasse histórico pela comunidade jurídica, qual seja, a aplicação de princípios do direito penal na Lei de Improbidade Administrativa, a fim de alcançar a punição daqueles que ousarem desagradar o patrimônio público.

Conforme foram surgindo novos entendimentos na jurisprudência e nas linhas doutrinárias sobre as sanções advindas dos atos de improbidade sob a ótica do direito administrativo sancionador, restou mais evidente a necessidade de uma evolução legislativa.

Por essas razões é que a Lei de Improbidade, atualmente conta com novas diretrizes. Como em qualquer outra evolução histórica de uma lei, há suas mudanças destaques, sendo que

no presente trabalho será tratado a Lei nº 14.230/21 inserido na Lei de Improbidade Administrativa 8.429/92, especificamente a inclusão do dolo.

3 DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Primeiramente, é importante compreender que o Direito Sancionatório existe no ordenamento jurídico como forma de reprimir os atos ilícitos em todas as esferas, seja no direito penal, seja no direito administrativo. Ou seja, o Direito Sancionatório, independentemente da área, consiste em aplicar uma sanção a cada prática que viole a lei, dividindo-se em duas espécies: Direito Penal Sancionador e Direito Administrativo Sancionador. Neste tópico, o ponto central da pesquisa será o Direito Administrativo Sancionador na LIA.

Conforme já demonstrado, foi compreendido o objeto central da Lei de Improbidade Administrativa, as razões pelas quais ela existe e todo o seu caminho histórico. Porém, neste momento, será exposta a prerrogativa estadual da ação punitiva contra os atos de improbidade, que são baseados nos princípios do Direito Administrativo Sancionador.

A Constituição Federal, embora seja revestida do princípio da liberdade, é manifesta em permitir ao indivíduo que faça qualquer coisa, desde que a lei não o proíba, enquanto a Administração Pública e seus entes colaborativos devem agir apenas conforme disposto em lei (Gonçalves, Grilo, 2021).

Nesse sentido, o Direito Administrativo deve ser entendido conforme diretrizes constitucionais, sendo sua maior submissão à Constituição e, posteriormente, à lei, superando princípios e legislação para que sirva, antes de qualquer coisa, ao princípio da constitucionalidade.

O Direito Administrativo Sancionador, na esfera do Direito Administrativo, foi construído pela influência direta do Direito Penal, dada a estrutura dos atos administrativos e as sanções previstas na Constituição Federal e na Lei de Improbidade Administrativa (Oliveira, Grotti, 2020).

Ressalta-se que, historicamente, o Direito Sancionador está presente no Direito Administrativo desde a criação das multas e infrações administrativas, isso em razão da demanda em delimitar certos comportamentos daqueles que exercem qualquer função junto ao Poder Público, com o fim atemporal de desestimular condutas indesejáveis através das sanções administrativas (Mello, 2010).

É por isso que Celso Bandeira de Mello aponta o comparativo entre as infrações e sanções administrativas e penais: “Não há, pois, cogitar de qualquer distinção substancial entre infrações e sanções administrativas. O que as aparta é única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção (...)” (Mello, 2010, p. 849).

Em sua obra primorosa, José Roberto Pimenta Oliveira compreende o Direito Administrativo Sancionador como a matéria de fundo da Lei de Improbidade Administrativa, na medida em que há um estado que pune atos no âmbito das instituições públicas, previstos como ilícitos pela Lei vigente (Oliveira, Grotti, 2020).

Com efeito, dizer que a Lei de Improbidade Administrativa não tem relação com o Direito Penal não é só ilógico pela óbvia necessidade de o Poder Judiciário aplicar sanções aos atos de improbidade, mas também em virtude das medidas repressivas contra práticas corruptivas e condutas desonestas no exercício da função pública.

É certo que as sanções previstas pela Constituição Federal (Brasil, 1988, art. 37, §4º) resultantes de improbidade administrativa são revestidas pela vontade sancionatória do Estado, sendo um sistema coibitivo no sentido do cumprimento íntegro dos princípios basilares da Administração Pública, de caráter não penal. Ao tratar do Direito Administrativo Sancionador, é fundamental citar a obra do Professor Fábio Medina Osório:

(...) O Direito Punitivo, assim, encontra um núcleo básico na Constituição Federal, núcleo normativo do qual emanam direitos constitucionais de conteúdos variáveis, embora também com pontos mínimos em comum. Assim é que se deve compreender a unidade do Direito Sancionador: há cláusulas constitucionais que dominam tanto o Direito Penal, quanto o Direito Administrativo Punitivo. Tais cláusulas, se bem que veiculem conteúdos distintos, também veiculam conteúdos mínimos obrigatórios, onde repousa a ideia de unidade (Osório, 2006, p.153)

Percebe-se que não há como interpretar o caráter sancionatório do Direito Administrativo sem que sejam observados os preceitos do Direito Penal, uma vez que, dentro da Lei de Improbidade, busca-se a penalização daquele agente que, regido por más condutas, agiu contra o Patrimônio Público ou ainda contra os preceitos administrativos-públicos.

Já no Direito Penal, além de toda a criminologia de fundo, há a prática da função da política sancionadora, como a prefixação da pena existente em todos os crimes do Código Penal, sob diversos âmbitos, como crimes contra a mulher, crimes de trânsito, crimes contra a honra, crimes contra a vida, entre outros, que, em comum, fixam a conduta, a sua pena e seu regime prisional.

Portanto, nas palavras de Nilo Batista, o direito penal “é o conjunto de normas jurídicas que preveem os crimes e lhes cominam sanções, bem como disciplinam a incidência e validade

de tais normas, a estrutura geral do crime e a aplicação e execução das sanções cominadas” (Batista, 2011, p. 24).

É nesse sentido que há a plena aproximação do Direito Penal na estruturação do que se entende sobre a Lei de Improbidade atualmente, de modo que faz uso do Direito Administrativo Sancionador.

Em sua respeitável pesquisa, os professores José Roberto Pimenta Oliveira e Dinorá Adelaide Musseti Grotti sinalizam que, embora o Direito Administrativo Sancionador conte com mudanças em razão das interpretações jurídicas, é indubitável que as normas de DAS são constantemente estabelecidas com a finalidade de alcançar, efetivar e tutelar os interesses públicos (Oliveira, Grotti, 2020).

O Direito Administrativo Sancionador, mais que a utilização das medidas sancionadoras, reforça a todo momento o propósito do cumprimento do regimento dos vínculos jurídico-administrativos, na busca de uma Administração Pública e um Poder Executivo blindados, livres de quaisquer práticas ímprobas e corruptas contra o erário.

Conforme bem colocado por Beatriz Daguer, o efeito sancionatório inserido na seara dos litígios em razão das práticas ímprobas não se trata de fato contemporâneo, uma vez que já predominou na história os comportamentos compulsivos realizados pelo poder de polícia, agravado pelo aumento dos casos de improbidade administrativa, também tivemos o enfoque do direito penal em seus termos e sanções (Daguer, 2023).

Ainda nessa pesquisa, ao se debruçar sobre o tema, a autora afirma que:

É possível conceber a configuração de ilícitos administrativos, sanções administrativas e os princípios do Direito Administrativo Sancionador, que é uma subdisciplina do Direito Administrativo, a qual compreende todo o sistema de normas que descrevem determinadas condutas como administrativas, estabelecendo as correspondentes penalidades que, mediante processo administrativo, são aplicadas aos infratores por parte das diferentes entidades e órgãos que compõem a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, remontando ao poder de polícia do Estado e decorrendo de herança da França pós-revolucionária. Ou seja, nessa esfera, os cidadãos e pessoas jurídicas estão sujeitos a sofrer restrições em seus direitos em decorrência da imposição de sanções. (Daguer, 2023, p. 58-59).

Diante desse contexto, as normas advindas do Direito Administrativo Sancionador, como a Lei de Improbidade Administrativa, se dedicam, entre outras coisas, a punir os agentes públicos (e terceiros, pessoas físicas ou jurídicas que de certa forma se vincularam à Administração Pública) pelas condutas tipificadas como ilícitas na LIA.

A Lei nº 14.230/21, sob influência do DAS, alterou a Lei de Improbidade nº 8.429/92, exigindo a presença do dolo específico nos atos de improbidade para a aplicação das sanções previstas pela LIA, afastando a condenação de condutas que prejudicaram o erário de forma culposa, seja por negligência, imperícia ou imprudência.

De todo modo, percebe-se que a responsabilização dos agentes que afetam a Gestão Pública através de condutas ímprobas sempre existirá. Ocorre que, a LIA, baseada nos princípios do Direito Administrativo Sancionador, fica incumbida de condenar atos dolosos, ou seja, práticas ímprobas que foram realizadas com dolo e vontade específica naquele fim. Portanto, faz-se necessário compreender também o elemento subjetivo dolo na LIA.

4 ELEMENTO SUBJETIVO DOLO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Uma das principais modificações introduzidas em 2021 na LIA destaca-se a exigência do dolo para a caracterização dos atos de improbidade, elemento que “não se resume à antevisão do resultado; envolve o elemento intencional da causação do resultado lesivo ao erário”, cabendo sua relação à vontade e à consciência da ilicitude prevista pela legislação (Fazzio Júnior, 2018, p. 140).

Tal abordagem se faz necessária, tendo em vista que a Lei nº 14.230 de 2021, que alterou a LIA, trouxe a previsão de que apenas serão compreendidos como atos de improbidade administrativa aqueles oriundos de condutas dolosas. Ou seja, as sanções da Lei nº 8.429/92 serão aplicadas quando houver demonstração e comprovação de dolo nos atos mencionados pelos arts. 9º, 10 e 11 dessa legislação.

Primeiramente, é importante apontar que a exigência da comprovação da responsabilidade subjetiva dolosa foi inserida na legislação já em seu art. 1º, excluindo os atos de improbidade em sua modalidade culposa, isto é, práticas decorrentes de negligência, imperícia e imprudência não serão julgadas com base na LIA.

Em seu art. 2º, o legislador conceitua o dolo exigido para a configuração do ato de improbidade, expondo que “considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente”.

No que se refere à voluntariedade do agente, destina-se àquelas condutas que, além da vontade intencional, preencheram todos os elementos dos ilícitos para a configuração do ato de

improbidade, com a plena consciência da ilicitude ocorrida no âmbito da Gestão Pública (Neisser, 2018).

Conforme explorado no tópico anterior, o Direito Penal trouxe grande influência para a Lei de Improbidade, motivo pelo qual, agora mais do que nunca, com a implementação do dolo, o princípio da presunção de inocência se fará presente, reforçando o ônus probatório atribuído à acusação nos processos de conhecimento (Neisser, 2018).

Nesse sentido, se antes, para mover ações que buscavam a condenação de atos de improbidade, eram necessários indícios robustos sobre a existência do ato, com essa alteração, impõe-se que, além disso, seja comprovada a presença do elemento subjetivo dolo no ato apontado. Caso contrário, a “inocência” deverá ser presumida.

Nota-se que, ao exigir a demonstração do dolo específico para que os atos sejam regidos por essa lei, o legislador preocupou-se com o elemento psicológico do agente que praticou o ato de improbidade, prevendo expressamente a necessidade de um intuito ilícito, visando obter um resultado patrimonial ou não, mas que seja indevido (Lauss, 2022).

Não se trata de conduta que, no âmbito da Administração Pública, apenas violou a legislação vigente, mas que também conduziu uma prática revestida de uma vontade defeituosa e reprovável do agente, onde, além da consciência da antijuridicidade daquele ato, há a intenção de alcançar determinado resultado. Conforme bem pontuam Rafael Oliveira e Daniel Neves:

A improbidade é uma espécie de ilegalidade qualificada pela intenção (dolo ou, excepcionalmente, culpa grave) de violar a legislação e pela gravidade da lesão à ordem jurídica. Vale dizer: a tipificação da improbidade depende da demonstração da má-fé ou da desonestidade, não se limitando à mera ilegalidade, bem como da grave lesão aos bens tutelados pela Lei de Improbidade Administrativa.” (Neves, Oliveira, 2022, p. 04).

Com efeito, embora já tenha sido trabalhado o breve histórico da Lei de Improbidade, é fato que a implementação do dolo na LIA modificou o conceito de ato de improbidade, que, a partir de setembro de 2021, para sua configuração, necessita de uma vontade objetiva para sua exata compreensão.

Percebe-se que a Lei nº 14.230/21, em seu §3º do art. 1º, aproveita para reiterar que “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”.

Nesse momento, a mera presunção da presença de dolo apenas pela violação da lei não é suficiente, uma vez que há a exigência de que o agente, naquele contexto, tivesse plena consciência de sua conduta. Fernando Gaspar Neisser exemplifica bem ao afirmar que “contratar servidor sem concurso não é, de per se, ato ímprobo a teor do art. 11 da Lei nº

8.429/92, se não se desincumbir a acusação de comprovar que o agente tinha conhecimento de que realizava a contratação em discrepância da norma legal.” (Neisser, 2018, p. 213).

Antes da alteração promovida pela legislação de 2021, o art. 10 da LIA, que dispõe sobre a lesão ao erário, mencionava a possibilidade de sancionar os atos que causaram dano ao erário de forma culposa. Já os arts. 9º e 11, que preveem, respectivamente, o enriquecimento ilícito e os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública, não contavam com responsabilização culposa.

Nessa perspectiva, abriu-se ampla interpretação sobre os rumos que a LIA poderia tomar futuramente, seja pela analogia ao Direito Penal, responsabilizando os atos culposos em caso de expressa disposição, seja pela previsão da modalidade culposa em todos os atos de improbidade, ou ainda, pela necessidade de dolo para que seja atribuída responsabilização ao agente (Muraca, Oliveira, 2022).

Com a alteração da LIA, não há mais discussão quanto à exigência ou não do dolo, da consideração ou não da culpa, excluindo os elementos que antes eram passíveis de responsabilização, mantendo assim, única e exclusivamente, a responsabilização pelos atos dolosos de improbidade administrativa.

Essa premissa deve ter plena consideração, para que norteie sentenças bem fundamentadas, uma vez que, quando se falar em dolo específico, seja entendido como uma condição do próprio tipo legal, ou seja, que aquele ato tenha sido realizado com o fim de alcançar determinado resultado (Tourinho, 2022).

Tal exigência, quando observada por outra perspectiva, pode ser interpretada como uma forma de dificultar a punição de tais prejuízos, pois, com a alteração da Lei nº 14.230/21, a parte acusatória necessitará de provas incontestáveis de que o agente não só agiu com desonestidade e má-fé, mas que também buscava um resultado indevido.

No esforço de reconhecer a existência do dolo em determinada conduta do indivíduo, Fernando Gaspar Neisser defende que o julgador terá que avaliar, simultaneamente, se o agente tinha pleno conhecimento do tipo praticado, se tinha consciência da imputação que poderia a ele ser atribuída, e ainda, que naturalmente tivesse a percepção clara de que tal ato não deveria ter ocorrido (Neisser, 2018, p. 235).

Anteriormente à alteração promovida pela Lei nº 14.230 de 2021, os atos de improbidade em sua modalidade culposa eram punidos pela LIA, ou seja, em qualquer referência a imprudência, imperícia e negligência, isto é, falhas e meras irregularidades no dia a dia no

âmbito de uma Prefeitura Municipal, por exemplo, já se poderia falar em improbidade administrativa.

Assim, com a atual disposição dada à LIA, de forma expressa será imprescindível a comprovação da existência do elemento subjetivo para que se responsabilize o agente que se enriqueceu ilicitamente (art. 9º), lesionou o erário (art. 10), ou ainda, atentou contra os princípios da Administração Pública (art. 11). Resta compreender como tal exigência se dava antes da Lei nº 14.230/21 na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

5 JURISPRUDÊNCIA ACERCA DO DOLO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ANTERIOR A NOVA LEI Nº 14.230/21

De início, destaca-se que a alteração promovida pela Lei nº 14.230/2021 não trouxe apenas mudanças no que diz respeito à inclusão do dolo como elemento necessário para a caracterização do ato de improbidade, mas também modificações quanto às sanções, ao processo judicial e a outras questões. No entanto, para a exploração deste subtópico, o foco será delimitado às jurisprudências anteriores à obrigatoriedade do dolo na LIA.

Observa-se que a jurisprudência caminhou não apenas no sentido de sancionar condutas marcadas por má-fé que geraram prejuízos aos cofres públicos, mas também no sentido de condenar a vontade ilícita e a intenção ímproba de violar os preceitos da Administração Pública, o que pode ser denominado, então, de dolo.

Historicamente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), antes da vigência da Lei nº 14.230/2021, embora com algumas divergências, já apresentava entendimento de que, em razão da omissão da lei em algumas disposições e de sua proximidade com o Direito Penal, seria possível afastar as condutas culposas das sanções previstas pela LIA (Ferreira, 2019).

Um exemplo disso é o julgamento do REsp 604.151/RS, em 2006, pela Segunda Turma do STJ, no qual a Ministra Denise Arruda entendeu pela necessidade de configuração do elemento subjetivo dolo para a caracterização do ato de improbidade descrito no art. 11 da LIA, que trata de atos que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Em seu voto, a Ministra, ao divergir do Relator, expôs que:

Ambos os requeridos ofereceram recurso especial, sendo admitido apenas o recurso ofertado por Osvaldo Nascimento da Silva, o qual alegou violação do art. 11 da Lei 8.429/92, entendendo que, para a configuração do ilícito ali indicado, é necessário tanto o dano ao erário como a má-fé do administrador, o que não se teria verificado na hipótese dos autos.

Além da divergência observada no julgamento do recurso especial, entendi necessário examinar mais detidamente o aspecto subjetivo do ilícito administrativo, na figura

típica do art. 11 da LIA, ante os fatos descritos na inicial e admitidos como enquadrados no referido artigo, sob pena de se admitir uma responsabilidade administrativa objetiva (que só pode resultar de disposição legal expressa), decorrente de omissão, a caracterizar improbidade.

Para se justificar a condenação, haveria necessidade, data máxima vênia, de se qualificar a omissão atribuída ao recorrente como intencional, de má-fé, sendo a conduta omissiva praticada com intuito consciente, no sentido de provocar prejuízo à população do município, nos aspectos habitacional e de saneamento, ou seja, a omissão resultaria de deslealdade do agente, com a intenção maliciosa de descumprir a lei.

(...) deve-se concluir que seria descabida a sanção imposta, razão pela qual o provimento do recurso se impõe, em face da ausência de violação do art. 11 da LIA, com a improcedência da ação de improbidade administrativa. (Brasil, STJ., 2006).

Na ementa desse mesmo julgamento, consta que “tanto a doutrina quanto a jurisprudência do STJ associam a improbidade administrativa à noção de desonestidade, de má-fé do agente público. Somente em hipóteses excepcionais, por força inequívoca de disposição legal, é que se admite a configuração de improbidade por ato culposos, (Lei 8.429/92, art. 10 (Brasil, 1992).”

Naquela época, a legislação permitia a configuração de ato de improbidade administrativa na modalidade culposa apenas para os casos de enriquecimento ilícito, interpretação essa que foi completamente derrubada com a alteração trazida pela Lei nº 14.230/2021 (Brasil, 2021).

Nota-se, por meio dessa jurisprudência, que havia divergência entre os próprios membros da turma julgadora quanto às condutas de modalidade culposa, pois muitas vezes eram resultados de ações desatentas, omissões em relação a determinados regulamentos ou atos de imprudência, negligência e imperícia, que, na rotina de um agente público, estão sujeitos a ocorrer, seja pela sobrecarga de trabalho, seja por mera distração.

Conforme demonstrado, há mais de uma década a Corte Superior vem demonstrando foco em punir os atos de improbidade realizados com intenção expressa, deixando de condenar atos que não violaram os princípios norteadores da Administração Pública, como a boa-fé, a honestidade, a integridade e a transparência. Esse entendimento se manteve por anos, como no caso do REsp 1.054.843/SP, julgado pela Primeira Turma em 2009, quando o Relator entendeu que:

Com efeito, é firme a jurisprudência desta 1ª Turma do STJ no sentido de que o elemento subjetivo é essencial à configuração da improbidade: exige-se dolo para que se configurem as hipóteses típicas dos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos culpa, nas hipóteses do art. 10. (...) (Brasil, STJ., 2009).

Percebe-se, portanto, que o Ministro Teori Albino Zavascki já exigia a comprovação do elemento subjetivo para a configuração dos atos de improbidade referentes aos arts. 9º e 11 da LIA, considerando-o indispensável. O julgamento foi ementado da seguinte forma:

Processual civil e administrativo. Violação ao art. 535 do cpc: inocorrência. Improbidade administrativa. Tipificação. Indispensabilidade do elemento subjetivo (dolo, nas hipóteses dos artigos 9º e 11 da lei 8.429/92 e culpa, pelo menos, nas hipóteses do art. 10). Precedentes. Cerceamento de defesa configurado, já que foi negada ao recorrente a produção de prova tendente a afastar a configuração do elemento subjetivo. Recurso especial provido (Brasil, STJ., 2009).

Assim, já naquela época, havia a exigência da comprovação do dolo como elemento essencial para a caracterização do ato de improbidade, o que não difere muito do entendimento atual sobre a indispensabilidade do elemento subjetivo para a tipificação dos arts. 9º e 11 da LIA.

Posteriormente, em 2018, três anos antes da vigência das alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21, o Superior Tribunal de Justiça já possuía uma interpretação clara de que a LIA não buscava punir agentes por atos culposos, revestidos de mera irregularidade. Foi o caso do julgamento do AgInt no AREsp nº 838.141/MT, em 27/11/2018, no qual o Ministro OG Fernandes proferiu o seguinte entendimento:

Além da compreensão de que basta o dolo genérico – vontade livre e consciente de praticar o ato – para configuração do ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei n. 8.429/1992, este Tribunal Superior exige, ainda, a nota especial da má-fé, pois a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir meras irregularidades ou o inábil, mas, sim, o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé (Brasil, STJ, 2018).

Dessa forma, com a alteração trazida pela legislação de 2021, tornou-se ainda mais evidente a necessidade de o sistema judiciário punir condutas revestidas de plena intenção e má-fé, exigindo maior atenção à detecção do dolo nas práticas exercidas pelos agentes públicos.

A jurisprudência já caminhava no sentido de afastar punições por atos de improbidade culposos, que muitas vezes representavam meras irregularidades, passíveis de serem sanadas com procedimentos administrativos internos, notificações ou advertências informais. Assim, a Lei nº 14.230/2021 consolidou uma interpretação assertiva e objetiva para a condenação desses atos, exigindo que esteja caracterizado o dolo específico, ou seja, a vontade consciente de agir de maneira ímproba, seja pela violação dos princípios da Administração Pública, pelo enriquecimento ilícito ou pelo dano ao erário.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A interpretação do Direito Administrativo Sancionador, aliada ao posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), permite concluir que a alteração promovida pela Lei nº 14.230/2021, que, entre outras mudanças, introduziu a exigência do dolo para a configuração do ato de improbidade, não se trata de uma mera inovação legislativa.

Não há como falar em surpresa legislativa, uma vez que essa mudança era plenamente previsível à luz dos preceitos do Direito Administrativo Sancionador e das manifestações reiteradas da Corte Superior sobre a necessidade de comprovação do dolo nas ações de improbidade administrativa.

O Direito Administrativo Sancionador, entre seus fundamentos, prevê a aplicação de sanções ou multas a práticas que contrariam os princípios da Administração Pública ou causam prejuízos aos cofres públicos, devendo os responsáveis serem punidos de forma análoga ao que ocorre no Direito Penal com a prática de crimes.

A própria Constituição Federal, historicamente, adota uma perspectiva sancionatória em relação aos atos de improbidade previstos na Lei de Improbidade Administrativa (LIA). Por isso, surgiu a necessidade de punir apenas as condutas revestidas de dolo específico e intenção de alcançar um resultado indevido, excluindo-se a responsabilização por atitudes que não visavam ao prejuízo da Gestão Pública.

Ficou demonstrado que há uma dificuldade intrínseca em sancionar práticas culposas, uma vez que, nesses casos, o agente não contribuiu intencionalmente para o resultado danoso, muitas vezes agindo por imperícia, imprudência ou negligência. Isso porque o caráter da improbidade está associado à desonestidade e à corrupção, elementos incompatíveis com ações culposas.

Assim, a LIA, diferentemente do que vigorava anteriormente, não mais se preocupa com meras irregularidades ou atos culposos, mas sim com a repressão de agentes desonestos e ímprobos que, com plena consciência, violam os princípios norteadores da Administração Pública, enriquecem-se ilicitamente ou causam danos ao erário.

Portanto, seria insensato concluir que a alteração da LIA, com a exigência do elemento subjetivo dolo para a configuração do ato de improbidade, representou uma mera inovação legislativa. Sua modificação ocorreu sob a influência do Direito Sancionador e em sintonia com a evolução jurisprudencial, que já apontava para essa necessidade de maior rigor na caracterização dos atos ímprobos.

REFERÊNCIAS

BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed., ver. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3076218/mod_resource/content/1/BATISTA%2C%20Nilo.%20Introdu%C3%A7%C3%A3o%20cr%C3%ADtica%20ao%20direito%20penal%20brasileiro.pdf. Acesso em: 06 de set de 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 de agosto de 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114230.htm. Acesso em: 24 de ago. de 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 24 de agosto de 2023.

DAGUER, B. **A intersecção entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador: a multiplicidade sancionatória estatal em atos de corrupção no ordenamento jurídico brasileiro**, 2023. Disponível em: <https://www.bdt.d.uerj.br:8443/bitstream/1/19416/2/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Beatriz%20Daguer%20-%202023%20-%20Completa.pdf>. Acesso em: 17 de set. de 2023.

FAZZIO JÚNIOR, W. **Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

FERREIRA, V. M. P. **O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública**. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/t4j9F3M36jfcvPddbKMnXFK/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 17 de out. de 2023.

FREITAS, J. Do Princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação. **Revista de Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar e Fundação Getúlio Vargas, 1996, n. 204. p. 71. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/46754/46380>. Acesso em: 02 de set de 2023.

GARCIA, E.; ALVES, R. P. **Improbidade Administrativa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, B.; GRILO, R. C. G. Os Princípios Constitucionais do Direito Administrativo Sancionador no Regime Democrático Da Constituição De 1988: **Revista Estudos Institucionais**, 2021. Disponível em:

<http://estudos.homologacao.emnuvens.com.br/REI/article/view/636/699>. Acesso em: 10 de set. de 2023.

HAYASHI, F. E. H. **Corrupção: combate transnacional, compliance e investigação criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

LAUSS, F. **A prova do dolo nas ações por ato de improbidade**. Conjecturas, 2022. Disponível: <http://conjecturas.org/index.php/edicoes/article/view/1121/863>. Acesso em: 13 de out. de 2023.

MEIRELLES, H. L.; FILHO, J. E. B. Filho. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/38952326/HELLY_LOPES_MEIRELLES. Acesso em: 08 de set. de 2023.

MELLO, C. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. Disponível em: https://www.academia.edu/15556786/Celso_Ant%C3%B4nio_Bandeira_de_Mello_Curso_de_Direito_Administrativo_2010. Acesso em: 15 de out. de 2023.

MURACA, L. F. M.; OLIVEIRA, R.T. de. Controle Do Poder Político e Improbidade Administrativa: Uma Análise Sobre A Necessidade de Comprovação do Dolo Nas Ações De Improbidade Administrativa a Partir da Obra de Karl Loewenstein. **Anais...** Congresso Brasileiro De Processo Coletivo E Cidadania, 10, 2022. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/2792/2018>. Acesso em 23 de out. de 2023.

NEISSER, F. G. **A Responsabilidade Subjetiva na Improbidade Administrativa: um debate pela perspectiva penal**. São Paulo. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2018. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002916942>. Acesso em: 08 de set. de 2023.

NEVES, D. A. A.; OLIVEIRA, R. C. R. **Comentários à Reforma da Lei de Improbidade Administrativa: Lei 14.230, de 25.10.2021, comentado artigo por artigo**. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p.04.

OLIVEIRA, J.R.P.; GROTTI, D. A. M. G. **Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/CEJUR%20-%20PGM/CEJUR%20Clipping/5%C2%AA%20Edi%C3%A7%C3%A3o/Artigos/3.pdf>. Acesso em: 10 de set. de 2023.

OSÓRIO, F. M. **Direito Administrativo Sancionador**. 2 ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PIETRO, M. S. Z. Di. **Direito Administrativo**. 31 ed. ver. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL. REsp nº 604.151/RS (2003/0196512-5)**. Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, Julgado em 25/04/2006, DJe

08 jun. 2006. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200301965125&dt_publicacao=08/06/2006. Acesso em: 30 de out. de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL. REsp nº 1054843/SP (2008/0014896-1)**. Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, Julgado em 10/03/2009, DJe 23 mar. 2009. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200800148961&dt_publicacao=23/03/2009. Acesso em: 30 de out. de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AgInt no REsp 838141/MT (2015/0277875-0)**. Rel. Ministro OG Fernandes, Segunda Turma., Julgado em 27/11/2018, DJe 03 dez. 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502778750&dt_publicacao=03/12/2018. Acesso em: 30 de out. de 2023.

TAMASAUSKAS, I. San' Anna. **Corrupção Política: análise, problematização e proposta para seu enfrentamento**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

TOURINHO, R. O elemento subjetivo do tipo na nova Lei de Improbidade Administrativa. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, 2022. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/3317605/Rita%20Tourinho_RMP84.pdf. Acesso em: 16 de out. de 2023.

ZIMMER JÚNIOR, A. **Corrupção e improbidade administrativa: cenários de risco e a responsabilização dos agentes públicos municipais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

**O NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DA FACULDADE DR. FRANCISCO MAEDA -
FAFRAM NA FORMAÇÃO ACADÊMICA DO ESTUDANTE DE DIREITO E NA
PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE DE ITUVERAVA/SP**

BARBOSA, José Eduardo Mirandola¹

CASTRO, Renata Romani de²

LEÃO, Ercy Lucas de Souza³

MOYSES, Luiz Miguel Ribeiro⁴

ISSUE DOI: 10.3738/1982.2278.4544

RESUMO: Este artigo analisa o papel do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Dr. Francisco Maeda, como uma ferramenta de formação e integração dos estudantes de Direito com a realidade prática do exercício profissional. Objetiva-se analisar o papel do Núcleo de Prática Jurídica como uma ferramenta essencial para a formação acadêmica e integração dos acadêmicos de Direito com a prática jurídica real, preparando-os para enfrentar os desafios do exercício profissional. Neste estudo a justificativa reside na importância de compreender e destacar o valor do Núcleo de Prática Jurídica não apenas como um recurso pedagógico, mas também como um serviço de relevância social, uma vez que oferece assistência jurídica gratuita à população em situação de vulnerabilidade econômica, ampliando o acesso à justiça. Foi utilizado o método científico dedutivo e realizadas pesquisas bibliográficas e documentais.

Palavras-chave: Núcleo de Prática Jurídica; Formação Acadêmica; Assistência Jurídica Gratuita; Direito; Responsabilidade Social.

**THE LEGAL PRACTICE CENTER OF DR. FRANCISCO MAEDA COLLEGE –
FAFRAM IN THE ACADEMIC TRAINING OF LAW STUDENTS AND IN
PROVIDING SERVICES TO THE COMMUNITY OF ITUVERAVA/SP**

SUMMARY: This article analyzes the role of the Legal Practice Center (Legal Practice Center) at Dr. Francisco Maeda College as a tool for training and integrating Law students with the practical reality of professional practice. The objective is to examine the Legal Practice Center as an essential instrument for academic development and for bridging the gap between law students and real-world legal practice, preparing them to face the challenges of the legal profession. The rationale of this study lies in the importance of understanding and highlighting the value of the Legal Practice Center not only as a pedagogical resource but also as a socially relevant service, as it provides free legal assistance to economically vulnerable populations, thereby promoting greater access to justice. The deductive scientific method was used, along with bibliographic and documentary research.

Keywords: Legal Practice Center; Academic Training; Free Legal Assistance; Law; Social Responsibility.

¹ Especialista em direito civil e processo civil pela Universidade de Franca – UNIFRAN/SP – Docente e tutor na Faculdade Dr. Francisco Maeda - FAFRAM desde 2009. Advogado.

² Doutora em direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP/SP. Docente e tutora na Faculdade Dr. Francisco Maeda - FAFRAM desde 2011. Advogada.

³ Bacharel em direito pela Faculdade Dr. Francisco Maeda– FAFRAM/SP. Diretora Administrativa do Núcleo de Prática Jurídica Faculdade Dr. Francisco Maeda– FAFRAM/SP de 2009 a 2023.

⁴ Pós-graduado – MBA - pela Universidade de Franca – UNIFRAN/SP. Docente e tutor na Faculdade Dr. Francisco Maeda - FAFRAM desde 2009. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

O ensino jurídico no Brasil tem evoluído no sentido de aproximar a teoria da prática, proporcionando ao estudante uma formação completa, que abarca não apenas o conhecimento doutrinário, mas também a vivência das atividades jurídicas cotidianas. O Núcleo de Prática Jurídica, muitas vezes chamado de "escritório de prática jurídica (EAJ)", é uma estrutura que facilita essa integração. Além de contribuir para a formação acadêmica, estes núcleos desempenham um papel social fundamental ao oferecer assistência jurídica gratuita para a população vulnerável.

O Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Dr. Francisco Maeda - FAFRAM oferece ao aluno a partir do 7º ciclo a oportunidade de aplicar o conhecimento teórico adquirido ao longo do curso, proporcionando a articulação crítica entre teoria e prática, essencial para o desenvolvimento de habilidades, atitudes e valores éticos.

Além disso, desempenha uma função social ao oferecer serviços gratuitos de assistência jurídica à população vulnerável, promovendo o acesso à justiça. Logo, este estudo aborda as finalidades pedagógicas e sociais do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Dr. Francisco Maeda - FAFRAM, bem como sua importância na conscientização dos alunos sobre o papel transformador da profissão jurídica.

Busca-se com a participação no acadêmico de direito no Núcleo de Prática Jurídica proporcionar ao aluno a oportunidade de aplicar o conhecimento teórico adquirido ao longo do curso e desenvolver habilidades práticas, éticas e atitudes essenciais para o bom desempenho na carreira jurídica.

Dessa forma, ao investigar as finalidades pedagógicas e sociais do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Dr. Francisco Maeda - FAFRAM, o estudo pretende evidenciar sua contribuição tanto para a formação integral dos estudantes quanto para a conscientização de seu papel transformador e de responsabilidade social na comunidade.

Como metodologia, foi utilizado o método científico de abordagem dedutivo. Foram elaboradas as seguintes modalidades de pesquisa: bibliográfica e documental. As ferramentas de pesquisa foram as seguintes: livros, doutrinas, sites, legislação e dados governamentais e da própria instituição de ensino.

2 DESENVOLVIMENTO

O Núcleo de Prática Jurídica é parte obrigatória dos cursos de Direito e visa à formação prática dos estudantes, permitindo que eles vivenciem, de forma supervisionada, o cotidiano da advocacia.

Devidamente estabelecida pelo Ministério da Educação Conselho Nacional de Educação Câmara de Educação Superior, através da Resolução nº 5, de 17 de dezembro de 2018⁵ que institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito.

Art. 6º A Prática Jurídica é componente curricular obrigatório, indispensável à consolidação dos desempenhos profissionais desejados, inerentes ao perfil do formando, devendo cada instituição, por seus colegiados próprios, aprovar o correspondente regulamento, com suas diferentes modalidades de operacionalização.

§ 1º É obrigatória a existência, em todas as IES que oferecem o curso de Direito, de um Núcleo de Práticas Jurídicas, ambiente em que se desenvolvem e são coordenadas as atividades de prática jurídica do curso.

§ 2º As IES deverão oferecer atividades de prática jurídica na própria instituição, por meio de atividades de formação profissional e serviços de assistência jurídica sob sua responsabilidade, por ela organizados, desenvolvidos e implantados, que deverão estar estruturados e operacionalizados de acordo com regulamentação própria, aprovada pelo seu órgão colegiado competente;

§ 3º A Prática Jurídica de que trata esse artigo deverá ser coordenada pelo Núcleo de Práticas Jurídicas, podendo ser realizada, além de na própria Instituição de Educação Superior (MEC, 2018)

O Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Dr. Francisco Maeda -FAFRAM, foi inaugurado no dia 15 de setembro de 2009, devidamente credenciado na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB/SP sob o número 11739, folhas 154, livro próprio número 16.

A atuação no Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Dr. Francisco Maeda -FAFRAM, se dá sob a supervisão de professores e professoras que são advogados e advogadas, que orientam os acadêmicos no atendimento ao cliente, na condução dos processos, preparação de peças processuais e realização de audiências. Esta experiência permite ao estudante de direito da FAFRAM desenvolver habilidades técnicas, ética profissional e postura necessária para o exercício da advocacia.

Pedagogicamente o Núcleo de Prática Jurídica contribui para o desenvolvimento acadêmico por meio da aplicação prática dos conhecimentos teóricos, logo os alunos aprendem a aplicar na prática os conceitos estudados em sala de aula, enfrentando questões e problemas reais sob supervisão de professores. Também há o desenvolvimento de habilidades jurídicas, já

⁵ <http://portal.mec.gov.br/escola-de-gestores-da-educacao-basica/323-secretarias-112877938/orgaos-vinculados-82187207/12991-diretrizes-curriculares-cursos-de-graduacao>

que a vivência prática auxilia na construção de competências como redação de peças processuais, atendimento ao cliente e defesa em audiências. Destacando também o fomento à ética profissional, pois busca formar profissionais éticos, comprometidos com a responsabilidade social da profissão.

Além de seu objetivo pedagógico, o Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Dr. Francisco Maeda - FAFRAM desempenha um papel crucial na promoção do acesso à justiça para populações de baixa renda. Ao prestar assistência jurídica gratuita, possibilita que pessoas em situação de vulnerabilidade tenham acesso ao sistema jurídico, muitas vezes inacessível para aqueles com recursos financeiros limitados.

A responsabilidade social do Núcleo de Prática Jurídica da FAFRAM se manifesta de diversas maneiras, focadas em promover a justiça social e o acesso aos direitos fundamentais para pessoas em situação de vulnerabilidade econômica.

O Núcleo de Prática oferece serviços jurídicos gratuitos a indivíduos que não possuem condições financeiras para contratar advogados particulares. Esse atendimento inclui a orientação em questões jurídicas e a representação em processos judiciais, beneficiando, em especial, pessoas que têm renda de até 3 (três) salários-mínimos⁶ mensais. Essa assistência contribui para que essas pessoas possam resolver questões legais fundamentais, como ações de família, direito do consumidor, inventários, e casos de interdição, entre outros.

Portanto, ao oferecer serviços jurídicos gratuitos, o Núcleo de Prática Jurídica cumpre uma função essencial de democratização do acesso ao sistema judiciário. Pois, sabe-se que sem este apoio em muitos casos, pessoas em situação de vulnerabilidade ficariam sem qualquer forma de defesa legal, aumentando desta forma o índice de exclusão social, o que prejudica sobremaneira o exercício da cidadania. Assim, o Núcleo de Prática Jurídica da FAFRAM atua para garantir que todos possam acessar seus direitos, promovendo uma sociedade mais justa e igualitária.

Importante destacar que o Núcleo de Prática Jurídica da FAFRAM visa a conscientização e empoderamento da comunidade da cidade de Ituverava/SP, já que além da assistência prática, frequentemente são realizadas atividades e palestras para a comunidade através do Projeto “EAJ vai aos bairros”, abordando temas como direitos do consumidor, direitos de família e direitos trabalhistas. Essa atuação promove a educação jurídica e capacita a população, que passa a conhecer melhor seus direitos e a tomar decisões informadas.

⁶ artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal preceitua que a assistência jurídica integral e gratuita deve ser prestada aos que comprovem insuficiência de recursos. E Deliberação CSDP nº 089, de 08 de agosto de 2008.

Neste sentido ao envolver os estudantes do curso de direito da FAFRAM no atendimento ao público, o Núcleo de Prática Jurídica também contribui para que esses futuros profissionais compreendam a importância do compromisso social na prática jurídica. Visto que os acadêmicos são expostos a realidades diversas e passam a entender seu papel como agentes de transformação, sendo sensibilizados para as demandas da sociedade e a importância de atuar com ética e responsabilidade.

Dessarte, o Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Dr. Francisco Maeda - FAFRAM cumpre uma função essencial ao atuar não apenas como uma extensão do aprendizado acadêmico, mas como um elo entre o ensino e a prática da responsabilidade social, gerando impactos positivos tanto na vida dos assistidos quanto na formação dos alunos.

Cotidianamente, o procedimento de atendimento no Núcleo de Prática inicia-se com a triagem do caso pelo estagiário, que identifica a demanda do assistido sob a supervisão de um professor advogado. Após a aferição dos requisitos econômicos do cliente, para que seu caso possa ser atendido através da justiça gratuita exercida. Por conseguinte, há o levantamento das informações e documentos.

Com o intuito inclusive de desafogar o sistema judiciário, as partes da possível demanda atendidas pelo acadêmico, são convidadas para uma reunião em uma das salas do Núcleo de Prática para tentativa de conciliação e acordo, que posteriormente poderá ser homologado judicialmente.

Somente frente ao insucesso na tentativa de conciliação que o estudante prepara a peça processual, que é revisada e assinada pelo professor/advogado, fazendo que o estudante continue a acompanhar a ação judicial em todas as suas fases, ou seja, desde a sua propositura até a decisão final, com o trânsito em julgado.

Conforme os relatórios anuais elaborados pelo setor administrativo do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Dr. Francisco Maeda, até o ano de 2023 houve cerca de 5 (cinco) mil atendimentos, com a propositura de mais de mil ações judiciais, por volta de 800 (oitocentos) acordos, 152 (cento e cinquenta e dois) destes devidamente homologados judicialmente. Acolhendo e ensinando em média 55 (cinquenta e cinco) alunos por ano.

Os resultados adquiridos por todos esses anos de funcionamento indicam que o Núcleo de Prática Jurídica da FAFRAM representa uma experiência formativa de grande relevância para os estudantes do curso de direito, permitindo que os mesmos desenvolvam um conhecimento prático que complementa a teoria estudada ao longo do curso. Os dados mostram

ainda que os alunos que participam do Núcleo, como estagiários, demonstram maior compreensão da importância da ética e da responsabilidade social no exercício do Direito.

Destacando também que a comunidade ituveravense atendida pelo Núcleo de Prática Jurídica da FAFRAM é amplamente beneficiada pelo serviço de assistência jurídica gratuita, reforçando sua função de ferramenta de inclusão social.

3 CONCLUSÃO

O Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Dr. Francisco Maeda - FAFRAM é de suma importância tanto para a formação acadêmica dos estudantes de direito quanto para a sociedade, especialmente para comunidades em situação de vulnerabilidade. Visto que cumpre diversas funções que fortalecem a integração entre teoria e prática, promovem o acesso à justiça e preparam profissionais mais conscientes e responsáveis.

Denota-se que Núcleo de Prática permite que os alunos que lá estagiam apliquem na prática os conhecimentos teóricos adquiridos ao longo do curso. Ao participarem de casos reais, os estudantes desenvolvem habilidades essenciais como o desenvolvimento de competências profissionais, como a análise crítica, a argumentação jurídica, o atendimento ao cliente e a resolução de conflitos, também a redação de peças processuais, a realização de atendimentos jurídicos e a condução de audiências sob supervisão de professores/advogados. Essa prática proporciona um aprendizado completo e prepara os alunos para enfrentar os desafios da carreira com mais segurança e experiência.

Ao expor os estudantes às dificuldades e aos desafios que muitas pessoas enfrentam para acessar a justiça, contribui para que estes desenvolvam uma sensibilidade social e um compromisso ético com a defesa dos direitos humanos e com a responsabilidade social. Essa experiência incentiva o desenvolvimento de profissionais responsáveis e comprometidos com a justiça, conscientes de seu papel transformador na sociedade.

Outra função de extrema importância do Núcleo Jurídico da FAFRAM é a assistência jurídica gratuita para pessoas que não possuem condições financeiras de contratar um advogado, desta forma amplia o acesso à justiça e democratiza o sistema jurídico, permitindo que pessoas em situação de vulnerabilidade possam ter seus direitos garantidos.

Além de prestar atendimento jurídico, o Núcleo ao oferecer palestras e eventos de educação em direitos, o que ajuda a conscientizar a comunidade de Ituverava sobre seus direitos e deveres. Essa atuação fortalece o compromisso social da Fundação Educacional de Ituverava,

mantenedora da Faculdade Dr. Francisco Maeda - FAFRAM e torna os estudantes mais conscientes de seu papel na sociedade.

Assim, o Núcleo de Prática Jurídica da FAFRAM desempenha um papel essencial na formação de profissionais competentes e engajados, ao mesmo tempo em que cumpre uma função social importante. Ele ajuda a consolidar a responsabilidade da faculdade de Direito com a educação prática e com a promoção de justiça, formando uma ponte fundamental entre o ambiente acadêmico e a prática profissional.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 nov. 2024.

BRASIL, Defensoria Pública do Estado de São Paulo. **Deliberação CSDP nº 089, de 08 de agosto de 2008**. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/transparencia/portal-da-transparencia/legislacoes/-/legislacao/644618>. Acesso em 08 de nov. de 2024.

BRASIL, Ministério da Educação Conselho Nacional de Educação Câmara de Educação Superior. **Resolução nº 5, de 17 de dezembro de 2018, institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito**. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/escola-de-gestores-da-educacao-basica/323-secretarias-112877938/orgaos-vinculados-82187207/12991-diretrizes-curriculares-cursos-de-graduacao>. Acesso 08 de nov. 2024

OS LIMITES DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR FRENTE OS DIREITOS A IMAGEM E PROTEÇÃO DE DADOS DO EMPREGADO: A UTILIZAÇÃO DO TRABALHADOR PARA VÍDEOS NAS REDES SOCIAIS

BARUFI, Renato Britto¹

GALDIANO, Rogério Dias Bianchini²

OLIVEIRA, Natália Cristina dos Reis de³

ISSUE DOI: 10.3738/1982.2278.4258

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo analisar os limites do poder diretivo do empregador no uso da imagem dos empregados para vídeos virais nas redes sociais, considerando os direitos fundamentais à imagem e à proteção de dados pessoais. Com o crescente uso das mídias sociais como ferramenta de marketing, muitas empresas passaram a utilizar a imagem de seus trabalhadores em campanhas publicitárias, o que levanta importantes questões jurídicas e éticas. O trabalho explora a aplicabilidade da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e dos direitos de personalidade, investigando o papel do consentimento livre e informado na utilização dessas imagens. A pesquisa, de natureza qualitativa e bibliográfica, baseia-se em uma análise doutrinária e legislativa, além de examinar decisões jurisprudenciais que tratam do uso indevido da imagem dos trabalhadores. O estudo conclui que, apesar do consentimento do empregado, o uso da sua imagem deve respeitar os princípios da dignidade humana, evitando-se constrangimentos e violações de direitos personalíssimos.

Palavras-chave: Redes sociais. Poder diretivo. Direito a imagem. Proteção de dados. Vídeos virais.

THE LIMITS OF THE EMPLOYER'S DIRECTIVE POWER IN RELATION TO THE EMPLOYEE'S RIGHTS TO IMAGE AND DATA PROTECTION: THE USE OF WORKERS IN SOCIAL MEDIA VIDEOS

SUMMARY: This study aims to analyze the limits of the employer's directive power regarding the use of employees' images in viral videos on social media, considering the fundamental rights to image and personal data protection. With the growing use of social media as a marketing tool, many companies have started to use their workers' images in advertising campaigns, raising important legal and ethical issues. The paper explores the applicability of the General Data Protection Law (LGPD) and personality rights, investigating the role of free and informed consent in the use of these images. The research, qualitative and bibliographic in nature, is based on doctrinal and legislative analysis, as well as the examination of case law concerning the misuse of workers' images. The study concludes that, despite the employee's consent, the use of their image must respect the principles of human dignity, avoiding embarrassment and violations of personal rights.

Keywords: Social media. Directive power. Right to image. Data protection. Viral videos.

¹ Mestre em direito pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP/SP. Docente na Faculdade Dr. Francisco Maeda - FAFRAM desde 2024. Advogado

² Discente no curso de em direito na Faculdade Dr. Francisco Maeda – FAFRAM/SP.

³ Discente no curso de em direito na Faculdade Dr. Francisco Maeda – FAFRAM/SP.

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, o avanço da internet e das redes sociais tem transformado radicalmente a forma como as pessoas interagem, consomem informação e participam do mercado de trabalho. Com a popularização de plataformas como Instagram, Facebook, YouTube e TikTok, houve uma explosão na produção e disseminação de conteúdos digitais, modificando significativamente o cenário econômico e social. A internet, que inicialmente era uma ferramenta de comunicação e busca de informação, evoluiu para se tornar um dos principais motores da economia global.

O Brasil se destaca nesse contexto, sendo um dos países com maior número de usuários de redes sociais, em 2023 o país já contava com mais de 82 milhões de usuário, ficando atrás apenas dos Estados Unidos (113,3 milhões) e Indonésia (109,9 milhões) (Exame, 2003)⁴.

Essa crescente conectividade trouxe novas oportunidades para empresas, que passaram a utilizar as mídias como uma estratégia eficaz de marketing, tanto para aumentar a visibilidade de suas marcas quanto para interagir diretamente com os consumidores.

Esse ambiente altamente digitalizado também afetou profundamente o mercado de trabalho, uma vez que empresas de diversos setores começaram a integrar o uso de redes sociais nas rotinas laborais, utilizando seus empregados para a criação de conteúdos publicitários. O fenômeno dos vídeos virais, em particular, gerou uma nova forma de engajamento, com empresas estimulando seus colaboradores a participarem de campanhas digitais que possam se espalhar rapidamente nas plataformas, muitas vezes a custo zero. Isso, no entanto, levanta uma série de questionamentos sobre a proteção dos direitos dos trabalhadores nesse novo cenário.

No Brasil, a falta de regulamentação específica sobre o uso da imagem dos empregados em campanhas publicitárias e conteúdos virais nas redes sociais criou uma zona de incerteza jurídica.

Embora o consentimento seja um princípio fundamental garantido pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), os limites da utilização da imagem do trabalhador, especialmente quando o uso de redes sociais é envolvido, ainda precisam ser amplamente debatidos e interpretados pela doutrina e pelos tribunais. Assim, o crescimento exponencial da internet e das redes sociais impõe novos desafios às relações trabalhistas e à proteção dos direitos fundamentais do empregado.

⁴ Matéria retirada do site <https://exame.com/tecnologia/ranking-mostra-quantos-brasileiros-estao-no-tiktok-em-2023/>. Acesso em 23 set. 2024

À luz da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e do direito fundamental à imagem, busca-se analisar até que ponto o consentimento do trabalhador é suficiente para validar o uso de sua imagem e dados em campanhas publicitárias e vídeos virais. Além disso, é essencial compreender como o respeito à dignidade do trabalhador deve ser preservado, evitando situações que possam causar constrangimento ou violação de direitos personalíssimos.

Para tanto buscou-se no primeiro capítulo conceituar o que seria o poder diretivo do empregador, quais os seus desdobramentos em relação ao contrato de trabalho, expondo casos práticos. Em seguida, foi analisado o direito a imagem do empregado, especialmente após a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados. Já no terceiro capítulo abordamos a respeito da importância da utilização das redes sociais para o marketing e aumento de vendas. Por última debatemos exatamente os limites na utilização do empregado para vídeos virais nas redes sociais.

O presente trabalho revela-se de extrema relevância em um cenário onde o uso intensivo de mídias sociais é cada vez mais frequente nas relações de trabalho, exigindo uma análise jurídica cuidadosa para assegurar o equilíbrio entre os interesses empresariais e os direitos dos trabalhadores.

A pesquisa foi conduzida por meio de uma abordagem qualitativa, com foco na análise bibliográfica e doutrinária, principalmente a Constituição Federal, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98) e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que fornecem as bases legais para a discussão sobre o uso da imagem e dados pessoais dos trabalhadores.

2 O PODER DIRETIVO DO EMPREGADO

Para discorrer sobre o poder exercido pelo patrão em relação ao empregado, primeiro devemos voltar a definição de “poder”, que nas palavras de Max Weber (1978, p. 926) se resume na “possibilidade de um homem ou de um grupo de homens realizarem suas próprias vontades numa ação social mesmo contra a resistência de outros que participam da ação”. Ou seja, trata-se de uma relação em que um sujeito (empregador) irá exercer o poder sobre outro (empregado) para atingir determinada finalidade, mesmo que haja certa relutância do segundo sujeito desta relação.

Neste contexto rege o artigo 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas (adiante referida como “CLT”): “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os

riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço” (Brasil, 1943).

Nota-se que neste dispositivo o empregador fica responsável pela direção sobre o serviço prestado pelo empregado, o qual se subordina juridicamente diante o primeiro de forma pessoal e contínua mediante remuneração dentro dos limites da lei e do contrato.

Contudo, para que este não seja exercido de forma arbitrária e descontrolada, nosso direito pátrio traz as devidas regulamentações para assegurar igualdade entre as partes desta relação.

Nesse diapasão, o poder diretivo se subdivide em três outros: O poder diretivo, o poder regulamentar e o poder disciplinar. Neste sentido é o artigo 39, §6, do Decreto nº 10.854, de 10 de novembro de 2021: “A caracterização da subordinação jurídica deverá ser demonstrada no caso concreto e incorporará a submissão direta, habitual e reiterada do trabalhador aos poderes diretivo, regulamentar e disciplinar da empresa contratante, dentre outros” (Brasil, 2021).

Doutrinariamente encontramos essa mesma divisão, mas com outros termos, sendo segundo Pinto (2024): Poder de Controle, Organização e Disciplinar, correspondendo respectivamente ao que dispõe o artigo citado.

O poder de controle consiste no direito do empregador de fiscalizar e controlar as atividades desenvolvidas pelos funcionários dentro do ambiente de trabalho, ou seja, o controle é feito sobre o trabalho, nunca sobre o trabalhador. Portanto, limitações jurisprudenciais e legais já têm sido definidas neste sentido, sendo exemplos: (1) Os empregados poderão ser revistados ao final do expediente, desde que seja de maneira impessoal e respeitosa, nunca íntima (tanto em homens quanto mulheres), mediante a abertura e o esvaziamento das respectivas bolsas e sacolas diante de câmeras⁵. Em momento algum de forma vexatória, com tratamento desumano ou degradante (como em frente a clientes)⁶; (2) Marcação do ponto de forma manual, mecânica ou eletrônica para verificar o correto horário de trabalho e período de descanso, sendo obrigatório para empresas com mais de 20 empregados, conforme disposição no § 2º do art. 74 da CLT⁷; (3) Monitoramento das atividades desenvolvidas com o uso do equipamento da empresa, como o caso de e-mail, WhatsApp e outros meios eletrônicos de comunicação empresariais dos quais são de propriedade do empregador, não podendo quebrar o sigilo de

⁵ Neste sentido já se posicionou o Tribunal Superior do Trabalho: ERR 1489-73.2010.5.19.0000, j. 24-10-2013, Rel. Min. Dalazen, LTr 78-02-2014

⁶ Art. 5º, III, X, da CF/88.

⁷ “Para os estabelecimentos com mais de 20 (vinte) trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções expedidas pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, permitida a pré-assinalação do período de repouso” (BRASIL, 1943).

dados, informações e redes sociais do empregado salvo quando digam respeito ao serviço em casos relevantes⁸.

Partindo para o poder de organização, este decorre do direito do proprietário de organizar e determinar qual maneira as atividades serão desenvolvidas dentro de sua propriedade, tendo como fundamento a livre iniciativa, disposta no inciso IV do art. 170 da Constituição Federal⁹. Com isso, compreendem atividades inerentes a este poder, por exemplo: delimitar o número de funcionários, cargos, funções, horário de trabalho e afins de acordo com suas necessidades, sendo possível inclusive, elaborar o regulamento interno da empresa, desde que esteja de acordo com a lei.

Avançando para o poder disciplinar, este o “ápice” do poder do empregador, se fundamentando na possibilidade de o empregador aplicar penalidades aos empregados pelo descumprimento de obrigações que podem estar fixadas tanto na lei quanto no regulamento interno da empresa, por exemplo. Quanto as sanções que podem ser aplicadas, temos a advertência - ainda que sem fundamento legal, mas trata-se de construção jurisprudencial e doutrinária¹⁰) verbal ou escrita, a suspensão, cujo período máximo será de 30 dias, conforme artigo 474 da CLT¹¹) e a dispensa por justa causa, em caso de falta grave cometida pelo empregado e prevista no art. 482 da CLT.

Salienta-se que nenhum dispositivo em nosso arcabouço legal dispõe qual das penalidades deve ser aplicada primeiro, ou se por exemplo, devem-se aplicar duas ou três advertências para levar a uma suspensão e somente depois a justa causa, como se pensa costumeiramente. Na verdade, nada impede que o empregador aplique diretamente a demissão da justa causa dependendo da gravidade da falta em questão, todavia, o que deve se observar antes da aplicação destas sanções são os critérios da proporcionalidade (proporção entre a falta e sanção aplicada), imediatidade (demora leva a perdão tácito), causalidade (prova da falta) e principalmente o princípio geral do “non bis in idem” (vedação de várias punições para o mesmo fato).

⁸ Art. 5º, XII da CF/88

⁹ “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IV - livre concorrência” (Brasil, 1943).

¹⁰ “é a mais branda de todas as punições, pois consiste apenas em um aviso ou um alerta para que o empregado não volte a praticar determinada falta, sob pena de lhe ser aplicada sanção mais grave, não havendo afastamento do trabalho, nem desconto de qualquer valor do salário” (Romar, 2023, p. 167).

¹¹ “A suspensão do empregado por mais de 30 (trinta) dias consecutivos importa na rescisão injusta do contrato de trabalho” (Brasil, 1943).

Vale destacar que em nenhum caso as faltas e sanções aplicadas devem ser anotadas ou transcritas na CTPS (Carteira de Trabalho e Previdência Social) do trabalhador, uma vez que dispõe o artigo 29, § 4º da CLT: “§ 4º É vedado ao empregador efetuar anotações desabonadoras à conduta do empregado em sua Carteira de Trabalho e Previdência Social”.

Superado este entendimento do poder diretivo do empregador e suas limitações, torna-se imprescindível e entendermos como isto será aplicado nos dias de hoje com a ascensão das redes sociais e o alto uso deste meio de comunicação como divulgação de grandes, médias e pequenas empresas.

3 O DIREITO A IMAGEM DO EMPREGADO, UMA ANÁLISE A LUZ DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

O direito à imagem provém do direito da personalidade, que tem como principal característica proteger a dignidade humana, o Código Civil nos arts.11 ao 21, trata do tema com competência. É possível conceituar tal direito como o poder de utilizar sua própria imagem, reproduzindo e controlando para os fins que desejar, sendo que a sua existência se deve a necessidade de proteção a imagem de cada indivíduo, garantindo a dignidade e a privacidade das pessoas. A Constituição Federal traz em um conjunto de direitos humanos fundamentais a proteção à intimidade, à vida privada, à imagem, ao nome e à voz¹²

De acordo com Dias e Buzato (2023) muitas empresas utilizam as imagens dos trabalhadores para campanhas e publicações, com a intenção de promover suas marcas. As empresas buscam se destacar no mercado digital por meio de campanhas criativas e inovadoras. A exposição de imagem dos trabalhadores tornou-se mais frequente pela sociedade com os avanços das redes sociais, especialmente com a nova categoria laborativa, os influenciadores.

Neste sentido alerta Mallet (2004) que ao celebrar um contrato de trabalho, o empregado não se despoja dos seus direitos da personalidade.

A Lei n.13.709/2018 - doravante referida apenas por LGPD – nos seus sessenta e cinco artigos divididos em dez capítulos - disciplina o tratamento de dados pessoais, inclusive nos

¹² Neste sentido são os incisos V, X, XXVIII e LXXIX, da Constituição Federal, que aqui transcrevemos: V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas; LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. (Brasil, 1988).

meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da pessoa natural.

São muitas as notícias de vazamentos ou mau uso de dados, que expõem a fragilidade das pessoas conectadas pelas novas tecnologias. Por isso, uma das maiores preocupações da era digital, na qual a circulação de imagens e palavras se faz com extrema rapidez e alcance é proteção dos bens jurídicos da personalidade, sobretudo, a informação (Lima, 2020; Sá, 2020)

Além disso, a Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98), em seu art. 24, inciso VI, também protege a imagem como uma obra intelectual, sendo necessário o consentimento por expresso e escrito do titular dos direitos autorais, nesse caso dos empregados, segundo seus arts. 5º, XII, 7º, I, 8º.

Com essa expansão global de redes sociais em que vivemos, em que a necessidade de informação é exigida diariamente, se torna comum que as empresas explorem a imagem de seus empregados para divulgação de seus produtos, suas marcas e com essas divulgações faturem crescentemente.

É perceptível a importância do trabalho para o homem, é uma ponte para buscar a realização de sonhos, conquistas, para a saúde mental e física, como para outros objetivos que cada um possui. Vale ressaltar que a própria Constituição o considera como Direito Fundamental do ser humano. Cabe ao legislador buscar cada vez mais proteger esse direito e evitar abusos por parte do empregador (Araujo, 2017, p.7)

Para que haja entendimento entre as partes, e sem futuras aplicação de sanções, o empregado precisa expor seu consentimento a respeito da exposição de sua imagem e sobre como tratam seus dados pessoais, garantindo que esses dados sejam utilizados apenas para fins relacionados ao trabalho e protegidos contra acessos não autorizados, se possível no início de sua contratação, através de acordos verbais e contratos assinados em comum acordo.

Uso indevido de imagem, com ou sem fins comerciais, é passível de indenização ao lesado. Os tribunais têm entendido que a tutela ao direito de imagem independe de lesão à honra do retratado. Sendo possível indenização não apenas quando houver lesão à honra, à boa fama ou à respeitabilidade, mas também quando houver extrapolação do uso permitido e quando houver utilização da imagem, da fotografia, sem autorização (Pinto, 2021, p.2).

Considera-se então que o trabalhador possui o direito de sua imagem preservada constitucionalmente no contexto laboral, e o empregador deve agir de acordo com princípios legais e éticos, para não ultrapassar os limites do consentimento. O uso não autorizado da

imagem do trabalhador resultará em indenização, com isso assegura-se que as empresas respeitem os limites legais e éticos no que se refere à exposição de seus empregados, para que não haja violação aos direitos fundamentais.

O trabalhador precisa de clareza no momento de suas contratações em relação aos tratamentos dentro das empresas, especialmente com relação aos seus dados e imagem, para que não haver futuros desentendimentos. O trabalhador ao se conscientizar dos abusos sofridos, deve buscar justiça, assim preservando sua integridade e dignidade.

4 A IMPORTÂNCIA DAS REDES SOCIAIS PARA O MARKETING DA EMPRESA

Na era atual o marketing digital se tornou meio indissociável para divulgação das empresas, suas marcas e produtos, mas antes de seguir com uma análise estatística do cenário no qual estamos inseridos, nos deparamos com a definição de marketing segundo Mitsuru, Edgar e Leandro (2022, p.15):

Marketing pode ser entendido como o conhecimento e a definição de determinado bem ou serviço e a forma como eles são elaborados e disponibilizados no mercado. Marketing, portanto, pode ser definido como o planejamento adequado da relação produto-mercado.

Entende-se então que o âmbito empresarial precisou rapidamente variar e se adaptar as novas formas de marketing para atender à crescente sociedade de consumo que se formava, tal qual descreve o naturalista, geólogo e biólogo britânico Charles Robert Darwin (2009, p.89) em sua teoria da seleção natural: “Temos motivos para crer [...] que a modificação das condições de vida oferece uma tendência para o aumento da variabilidade”.

E assim como na natureza, para se adaptar é necessário primeiro uma transformação e foi o que aconteceu quando analisamos as novas formas de divulgação, principalmente por meio das redes sociais. No Brasil, segundo a plataforma de análise de dados do ambiente digital global, DataReportal¹³ em janeiro de 2024 tínhamos entre as 4 de plataformas com mais usuários: Youtube (144 milhões), Instagram (134,6 milhões), Facebook (111,3 milhões) e TikTok (98,59 milhões), demonstrando o quão alto pode ser o índice de pessoas atingidas por divulgações feitas nestes locais.

¹³ KEMP, Simon. **Digital 2024: Brazil**. Datareportal, 23 de fevereiro de 2024. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2024-brazil?rq=DIGITAL%202024%3A%20BRAZIL>. Acesso em: 04 set. 2024

Mas para além de divulgações, outro modelo de negócio que ascendeu é o e-commerce, que vem substituindo gradativamente as lojas tradicionais físicas por meio do processo de compra e venda de produtos on-line, muitas vezes dentro das próprias redes sociais, como demonstra levantamento quantitativo apresentado pelo canal de notícias, CNN Brasil em julho de 2024¹⁴, onde constatou-se que 65% dos brasileiros se utilizam destas plataformas para fazer compras on-line.

Acrescenta-se ainda que a empresa pode tirar vários benefícios com a divulgação e vendas virtuais, dentre eles relacionamento principalmente os mencionados por Martha Gabriel em sua obra sobre marketing na era digital (2020, p.182):

Mercado global: uma loja física sempre será limitada por uma área geográfica em que pode vender. Uma loja on-line, ou qualquer outro tipo de negócio de comércio eletrônico, tem o mundo inteiro como seu mercado [...].

Disponibilidade 24 horas: outro grande benefício de um negócio on-line é que ele está sempre aberto [...].

Custos reduzidos: as empresas de comércio eletrônico se beneficiam de custos operacionais significativamente mais baixos. Como não há necessidade de contratar uma equipe de vendas ou manter uma loja física, os principais custos de comércio eletrônico vão para o armazenamento de produtos. [...] Como os comerciantes conseguem economizar em custos operacionais, eles podem oferecer melhores ofertas e descontos para seus clientes.

Gestão de inventário: as empresas de comércio eletrônico podem automatizar o gerenciamento de inventário usando ferramentas eletrônicas para acelerar os procedimentos de pedido, entrega e pagamento.

Marketing direcionado: com acesso a uma quantidade grande de dados de clientes e uma oportunidade de entender o hábito de compra deles, as empresas de comércio eletrônico podem moldar seus esforços de marketing para fornecer uma experiência melhor e personalizada, assim como encontrar mais clientes.

Nichos de mercado: ter um negócio físico de nicho pode ser difícil. Escalar as vendas é um esforço muito grande. Por outro lado, ao entrar em um mercado global, os e-commerces podem criar um nicho de negócios altamente lucrativo sem nenhum investimento adicional. É atuar na cauda longa. Usando estratégias de Search Engine Marketing, clientes de qualquer canto do mundo podem encontrar e comprar seus produtos.

Trabalhando de qualquer lugar: [...]basta um laptop e uma boa conexão com a Internet para gerenciar seus negócios de qualquer lugar do mundo.

Em conjunto com isto também é essencial a adoção, planejamento e implantação de métodos para reduzir incertezas e ser assertivo com o público-alvo, sendo uma das estratégias mais famosas quando falamos deste tema, a análise “SWOT”¹⁵, que nas palavras de Roberto (2006, p.20):

¹⁴ ARAUJO, Maria Luiza. **Redes Sociais são utilizadas por 65% dos brasileiros para compras online, revela pesquisa.** CNN Brasil, 02 de julho de 2024. Disponível em:

<https://www.cnnbrasil.com.br/economia/mercado/redes-sociais-sao-usadas-por-65-dos-brasileiros-para-compras-online-revela-pesquisa/>. Acesso em: 04 set. 2024

¹⁵ Do inglês: Strengths (forças, pontos fortes), Weaknesses (fraquezas, pontos fracos), Opportunities (oportunidades) e Threats (ameaças).

A análise SWOT é uma síntese da análise estratégica. Após realizarmos as três grandes análises (macroambiental, concorrencial e interna), podemos nos deparar com centenas de tópicos estrategicamente relevantes. A análise SWOT nos ajuda a organizar o pensamento estratégico, concentrando nossa atenção naqueles tópicos prioritários.

Uma análise profunda e abrangente do ambiente interno vai evidenciar os pontos fortes (Strengths) e pontos fracos (Weaknesses) da organização, os quais têm impacto estratégico relevante, pois evidenciam a capacidade da organização de confrontar e mitigar as ameaças do ambiente externo e de aproveitar as oportunidades que esse mesmo ambiente lhe ofereça.

Do ambiente externo, ou seja, de elementos fora do controle da organização (macroambiente e concorrência), provêm impactos que podem ser classificados como oportunidades (Opportunities) ou ameaças (Threats).

Isto posto, nota-se, que o ambiente digital atualmente é um meio propício e fértil para o crescimento de uma empresa independentemente se estamos falando de uma de pequeno, médio ou grande porte, pois trata-se de algo altamente democrático da qual grande parcela da população tem acesso, conforme se analisa dos dados citados. Assim, com a devida organização de uma equipe e estruturação de estratégias para divulgação e vendas tendo como ferramentas as redes sociais, é possível alcançar crescimento exponencial no número clientes e, conseqüentemente, no faturamento.

5 OS LIMITES NA UTILIZAÇÃO DO EMPREGADO PARA VÍDEOS VIRAIS NAS REDES SOCIAIS

Hercúlea é a tarefa de estabelecer os limites do poder diretivo do empregador. Neste sentido já dizia Romita (1979):

Tarefa sem dúvida difícil é a de estabelecer em caráter geral as hipóteses nas quais se pode exigir que o empresário sacrifique seu interesse na ara do exercício dos direitos fundamentais do trabalhador ou, pela outra via, que os trabalhadores devam, sem renunciar aos direitos inerentes à sua dignidade, restringi-los em atenção a seus compromissos contratuais.

Conforme visto, o Direito a imagem é reconhecido como direito fundamental do indivíduo em todas as relações de convívio em nossa sociedade atual, estando consagrado constitucionalmente e possuindo, inclusive, complementações com o advento da LGPD e Lei de Direitos Autorais.

Outrossim, ao examinar nosso Código Civil, percebe-se que a imagem, enquanto direito da personalidade, é intransmissível e irrenunciável¹⁶. Desta feita, quando ocorre a utilização desta com fins comerciais, não houve cessão, mas sim, de forma mais clara, um “empréstimo”.

Contudo, quando analisamos sob a óptica do Direito do Trabalho encontramos poucas disposições no que tange aos limites deste uso, fato totalmente prejudicial num mundo altamente informatizado, em que algumas empresas existem e atuam somente no ambiente virtual.

Seguindo neste estudo, nos deparamos com o princípio do “consentimento”, explorado no art. 7º da LGPD:

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

- I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;
- II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
- III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;
- IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;
- V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;
- VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem) ;
- VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;
- VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária;
- IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou
- X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente (Brasil, 2018).

Destaca-se que este artigo traz uma ideia inicial, mas não confirma se de fato este é o princípio mais importante, pois como se observa, não há hierarquia entre as bases legais. O único complemento que encontramos está no artigo 5º, inciso XII:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

- XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada (Brasil, 2018).

¹⁶ Art. 11 do Código Civil: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

Apesar disso, ainda permanecemos com uma ideia muito ampla. Nesse raciocínio, consubstancia-se o pensamento de Bioni (2019, p. 197), que de modo esclarecedor, ensina:

O adjetivo livre nos remete à ideia de uma ação espontânea que não é objeto de pressão, mas, pelo contrário, de livre-arbítrio caracterizado pela tomada de uma escolha em meio a tantas outras que poderiam ser feitas por alguém.

Por isso, o ponto central do qualificador livre é investigar qual é o nível de assimetria de poder em jogo. Deve-se verificar qual é o “poder de barganha” do cidadão com relação ao tratamento de seus dados pessoais, o que implica considerar quais são as opções do titular com relação ao tipo de dado coletado até os seus possíveis usos. Em síntese, o “cardápio de opções” à disposição do cidadão calibrará o quão é o seu consentimento, na exata medida em que esse “menu” equaliza tal relação assimétrica.

Em suma este consentimento nada mais é do que colocar à disposição, de forma livre de vícios de consentimento, uma determinada medida para o uso da imagem. Na seara trabalhista esta autorização materializa-se no Termo de Autorização de Imagem, que encontra amparo legal em todos os dispositivos anteriormente citados, com ênfase ao artigo 29, I:

Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

I - a reprodução parcial ou integral (Brasil, 1998)

Esse termo, na verdade, é uma espécie de contrato como os que costumeiramente vemos, submetendo-se as mesmas regras e princípios dispostos no Código Civil, mas que tem caráter exclusivo de especificar de forma clara, como, quando, onde e para quais finalidades a imagem poderá ser utilizada, além de definir se prazos (recomendado que seja estabelecida validade enquanto perdurar o vínculo entre empresa), possíveis restrições e o quesito da onerosidade, fornecendo portanto, segurança jurídica.

Contudo, independentemente disso, por tratar-se de direito personalíssimo, pode o empregado, desde que não tenha sido contratado especificamente para esta finalidade ou tenha previsão expressa no contrato, se recusar a ceder o uso de sua imagem ou até mesmo a gravar conteúdos, sem estar sujeito a punições por isso.

Nesse ponto, é essencial destacar que o respeito à dignidade do trabalhador é basilar, de modo que qualquer situação que possa gerar constrangimento ao empregado durante a produção de conteúdo deve ser evitada. A obrigação de participar de vídeos que comprometam sua integridade moral ou exponham o trabalhador a situações humilhantes ou vexatórias, ainda que sutilmente disfarçadas como atividades de rotina ou descontração no ambiente de trabalho, viola diretamente os princípios constitucionais da dignidade humana e do valor social do trabalho.

O constrangimento, mesmo que subjetivo, pode resultar em graves danos à esfera moral do empregado, sendo passível de indenização, além de configurar ambiente de trabalho tóxico e desrespeitoso. A exposição forçada a essas situações, seja por pressão explícita ou implícita da empresa, gera um desequilíbrio no ambiente laboral e pode ser caracterizada como assédio moral, comprometendo tanto o bem-estar psicológico quanto a integridade profissional do empregado.

O contrato de trabalho não pode ser um título legitimador para limitação dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, assegurados ao empregado, o que se admite é que tais direitos sejam modulados para possibilitar o desenvolvimento das atividades da empresa (Dallegrave Neto, 2005).

Nesta baila, importante destacar novamente que o uso indevido da imagem ou qualquer tipo de situação em que o empregado se sinta obrigado, induzido ou coagido a fazer as gravações de conteúdo, revestir-se-á de duplo conteúdo: patrimonial (material) e moral, sendo inclusive desnecessária a prova de efetivo prejuízo para pleitear-se a indenização, consoante Súmula n. 403 do Supremo Tribunal de Justiça (STJ):

Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais (Brasil, 2009).

Além disso, a depender do caso, pode restar-se configurado desvio ou acúmulo funcional, que embora não possuam expressa previsão legal, são alvo de construção doutrinária e jurisprudencial, conforme se observa em voto preferido pelo Desembargador Relator Orlando Amancio em acórdão no processo de nº 0010245-38.2023.5.15.0126:

O desvio de função ocorre quando as atividades desempenhadas ocorrem predominantemente na função extracontratual, ao passo que a prática simultânea de atividades estranhas à função contratual caracteriza acúmulo funcional (Brasil, 2024).

Portanto, o ideal é que anexo ao contrato de trabalho seja estabelecido o termo de autorização (onde além do direito de imagem é possível inclusão do uso da voz - aplicam-se os mesmos requisitos da imagem) e mesmo após a atividade já estar prevista contratualmente, seja solicitada autorização em cada divulgação e/ou campanha publicitária.

6 CONCLUSÃO

O crescimento exponencial da internet e das redes sociais impôs profundas transformações no ambiente corporativo e nas relações de trabalho. Com as empresas cada vez mais explorando esses canais para potencializar suas estratégias de marketing, a utilização da imagem dos empregados em vídeos e campanhas publicitárias se tornou prática recorrente. No entanto, a ausência de regulamentação específica no Direito do Trabalho brasileiro sobre os limites dessa utilização levanta importantes questionamentos quanto à proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores, sobretudo em relação à dignidade, à imagem e à proteção de dados pessoais.

A análise realizada ao longo deste estudo evidencia que, embora o consentimento do empregado seja uma exigência prevista na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), tal princípio, por si só, não basta para assegurar a completa proteção dos direitos do trabalhador, especialmente por se tratar de uma relação desnivelada. A obtenção do consentimento deve ser sempre livre, informada e inequívoca, sem que haja qualquer tipo de coação ou pressão por parte do empregador.

O consentimento obtido sob pressão ou de forma viciada, seja por medo de represálias ou pela própria assimetria de poder existente na relação de trabalho, não tem validade jurídica e fere diretamente os direitos personalíssimos do empregado.

Além disso, o uso da imagem do trabalhador em conteúdos virais nas redes sociais não pode ser analisado apenas sob o prisma contratual. É essencial que se considere também o impacto psicológico e emocional que essa exposição pode gerar, especialmente se o trabalhador for exposto a situações constrangedoras ou vexatórias. Nesse sentido, a integridade moral do empregado deve ser sempre preservada, evitando-se que a produção de conteúdos publicitários cause danos à sua dignidade.

A necessidade de respeitar os limites do poder diretivo do empregador é fundamental para o equilíbrio da relação de trabalho. Embora a empresa detenha o direito de organizar suas atividades e definir suas estratégias de marketing, esse poder não pode se sobrepor aos direitos fundamentais do empregado. O uso da imagem do trabalhador, seja em campanhas publicitárias ou vídeos virais, deve respeitar estritamente os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, evitando que o contrato de trabalho se torne um instrumento de exploração abusiva.

Além disso, o presente estudo demonstrou que o descumprimento dessas premissas pode levar à configuração de situações de assédio moral. A pressão exercida sobre o empregado para que participe de vídeos ou campanhas, sem seu consentimento livre e informado, ou a sua exposição a situações constrangedoras, pode ser caracterizada como assédio. Tal prática, além de gerar graves repercussões psicológicas para o trabalhador, pode resultar em demandas judiciais com pedidos de indenização por danos morais.

Portanto, é imprescindível que as empresas, ao utilizarem as redes sociais como parte de suas estratégias de marketing, adotem procedimentos claros e transparentes em relação à participação dos empregados. A inclusão de termos de autorização de uso de imagem, estabelecidos de forma detalhada no contrato de trabalho, é uma medida recomendada para garantir segurança jurídica às partes envolvidas. No entanto, deve-se sempre lembrar que tal termo não deve ser visto como uma autorização irrestrita, devendo ser renovado ou atualizado conforme as necessidades de cada campanha ou divulgação.

A adoção de políticas internas claras, alinhadas à legislação vigente e aos princípios éticos, é uma medida eficaz para mitigar os riscos jurídicos e garantir o respeito aos direitos dos empregados. Empresas que buscam equilibrar seus interesses comerciais com a preservação dos direitos fundamentais tendem a criar um ambiente de trabalho mais saudável e produtivo, o que reflete diretamente em sua reputação no mercado e na satisfação de seus colaboradores.

Em última análise, a relação entre empregador e empregado, no contexto das redes sociais e da internet, deve ser pautada pelo diálogo, pelo respeito mútuo e pela transparência. A transformação digital exige novas abordagens jurídicas e empresariais para lidar com os desafios impostos por um mundo cada vez mais conectado e exposto. No entanto, esses desafios podem ser superados desde que haja um compromisso com a proteção dos direitos fundamentais, com destaque para a dignidade, a imagem e a privacidade do trabalhador.

Conclui-se, portanto, que o uso da imagem dos trabalhadores nas redes sociais, quando conduzido de forma ética e responsável, pode trazer benefícios para ambas as partes, desde que os limites legais e éticos sejam rigorosamente observados. A preservação dos direitos dos empregados, sobretudo no que tange à sua dignidade e integridade moral, deve ser a prioridade, garantindo que a transformação digital no ambiente de trabalho ocorra de maneira justa e equilibrada.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, C. J. **O Direito à Imagem do Trabalhador**. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. 8 ed. Ano 02, v. 02. pp 53-63, novembro de 2017. ISSN:2448-0959.

BIONI, B. R. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. Decreto n. 10.854, de 10 de novembro de 2021. **Regulamenta disposições relativas à legislação trabalhista [...]**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 159, n. 212, p. 2-9, 11 nov. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/decreto/d10854.htm. Acesso em: 28 ago. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 03 set. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet)**. Brasília, DF: Presidência da República; 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 29 ago. 2024

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. **Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 fev. 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 29 ago. 2024

BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 02 set. 2024.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. **Aprova a consolidação das leis do trabalho**. Lex: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 28 ago. 2024.

BRASIL. **Súmula nº 403**. Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais. Brasília, DF: Supremo Tribunal de Justiça, 2009. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2014_38_capSumula403.pdf. Acesso em: 28 ago. 2024.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. Acúmulo de funções. Desequilíbrio contratual inexistente. Adicional indevido. O acúmulo de funções apto a ensejar diferenças remuneratórias é aquele que

provoca desequilíbrio quantitativo ou qualitativo entre os serviços exigidos e a contraprestação salarial pactuada. Na inexistência de cláusulas discriminatórias das tarefas, ou de norma coletiva com previsão de pagamento de adicional, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal. Inteligência do artigo 456, parágrafo único, da CLT.

DESVIO FUNCIONAL. ACÚMULO FUNCIONAL. CARACTERIZAÇÃO. TRAÇO DISTINTIVO. O desvio de função ocorre quando as atividades desempenhadas ocorrem predominantemente na função extracontratual, ao passo que a prática simultânea de atividades estranhas à função contratual caracteriza acúmulo funcional. Acórdão em Recurso Ordinário Trabalhista n. 0010245-38.2023.5.15.0126. Jose Kapleson Dos Santos Campos versus Calmitex Caldeiraria E Montagens Industriais Ltda. Relator: Des. Orlando Amancio Taveira. **SESSÃO VIRTUAL**, 12 abr. 2024. Disponível em: <https://jurisprudencia.trt15.jus.br/documento/100083175/FYGAFLI-0%29@%3D?highlight=ACUMULO,DE,FUN%C3%87%C3%83O.,DESVIO,FUNCIONAL>. Acesso em: 12 set. 2024.

DALLEGRAVE NETO, J. A. Responsabilidade Civil No Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2005, p. 233.

DARWIN, C. A origem das espécies. Portugal: Multiponto, S.A. Planeta Vivo, 2009. Traduzido da 6ª edição de 1872 por Ana Afonso. Disponível em: <https://inovaconsulting.com.br/wp-content/uploads/2018/04/ATeoriaEvolucao.pdf>. Acesso em: 04 set. 2024.

DIAS, G. S.; BUZATO, K.S. Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação- REASE, 2023.

DIAS, S.R. Marketing: estratégia e valor. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2006. E-book. ISBN 9788502125483. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502125483/>. Acesso em: 04 set. 2024.

GABRIEL, M. Marketing na Era Digital - Conceitos, Plataformas e Estratégias. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788597025859. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025859/>. Acesso em: 04 set. 2024.

LIMA, T. M. M. de; SÁ, M.de F.F.de. Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Nilton Paiva – Belo Horizonte – n.40- p1-10 – jan./abr.2020 - ISSN 1678 8729.

MALLET, E. Direitos de Personalidade e Direito do Trabalho. Revista do Advogado. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo. nº 76: 12-20, 2004.

MARTINS, S. P. Direito do trabalho. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9788553622627. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553622627/>. Acesso em: 28 ago. 2024.

PINTO, M. de F. N. Revista Eletrônica OAB/RJ - Edição Semestral V. 31, N. 2, jul./ago. 2021.

ROMAR, C. T. M. **Direito do trabalho. (Coleção esquematizado®)**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786553624917. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624917/>. Acesso em: 03 set. 2024.

ROMITA, A. S. **A Subordinação no Contrato de Trabalho**. São Paulo: Forense, 1979.

KEMP, S. **Digital 2024: Brazil**. Datareportal, 23 de fevereiro de 2024. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2024-brazil?rq=DIGITAL%202024%3A%20BRAZIL>. Acesso em: 04 set. 2024.

WEBER, M. **Economy and society**. ROTH, G.; WITTICH, C. (Eds.). Berkeley: University of California Press, 1978.

YANAZE, M. H.; ALMEIDA, E.; YANAZE, L.K. H. **Marketing digital: conceitos e práticas**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9788571441408. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788571441408/>. Acesso em: 03 set. 2024.

O STF COMO GARANTIDOR DA EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS: UMA ANÁLISE SOBRE A ATUAÇÃO DO STF NO JULGAMENTO DA ADO Nº 26

MILAN, Victor Hugo Polim¹

CUNHA, Gabriel Gerim Peralta²

ISSUE DOI: 10.3738/1982.2278.4403

RESUMO: O presente trabalho buscou analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 26), na qual declarou a inércia do Congresso Nacional em regulamentar norma incriminadora dos atos atentatórios contra a população LBTQIA+. Buscou-se fazer uma análise sobre as problemáticas enfrentadas pelo poder judiciário frente as omissões legislativas e quais soluções podem ser extraídas do texto constitucional para solver as lides levadas ao judiciário. Buscou-se, ainda, analisar a postura do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADO 26, levantando os argumentos trazidos pelo Ministro Relator Celso de Mello para fundamentar a referida decisão que permitiu a colmatação da lacuna legislativa e garantiu a efetivação de direitos fundamentais através da utilização de recursos hermenêuticos. A metodologia aplicada ao presente ensaio foi o hipotético dedutivo, onde buscou-se encontrar o respaldo legal que permitiu a aplicação da lei de racismo aos atos decorrentes de homofobia e transfobia.

Palavras-chave: Omissão. Efetividade. Homofobia.

THE STF AS A GUARANTEE OF THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL CONSTITUTIONAL PRINCIPLES: AN ANALYSIS OF THE STF'S PERFORMANCE IN THE JUDGMENT OF ADO No. 26

SUMMARY: The present work sought to analyze the decision of the Federal Supreme Court in the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality by Omission (ADO 26), in which it declared the inertia of the National Congress in regulating a rule that decriminalizes offensive acts against the LBTQIA+ population. We sought to analyze the problems faced by the judiciary in the face of legislative omissions and what solutions can be extracted from the constitutional text to resolve disputes brought to the judiciary. We also sought to analyze the position of the Federal Supreme Court in the judgment of ADO 26, raising the arguments brought by Minister Rapporteur Celso de Mello to support the aforementioned decision that allowed the filling of the legislative gap and guaranteed the enforcement of fundamental rights through the use of hermeneutical resources. The methodology applied to this essay was hypothetical deductive, where we sought to find the legal support that allowed the application of the law of racism to acts arising from homophobia and transphobia.

Keywords: Omission. Effectiveness. Homophobia.

1 INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, por maioria no plenário, julgou procedentes os pedidos formulados em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO nº 26), reconhecendo a inércia do Poder Legislativo em editar norma incriminadora dos atos atentatórios contra a

¹ Mestre em direito pela Universidade Júlio de Mesquita Filho – UNESP/SP. Docente na Faculdade Dr. Francisco Maeda - FAFRAM desde 2017. Advogado.

² Bacharel em direito pela Faculdade Dr. Francisco Maeda – FAFRAM/SP.

população LBTQIA+. Também determinou que fosse aplicado a Lei 7.716/89 – Lei do Racismo, para enquadrar as condutas de discriminação por identidade de gênero ou orientação sexual, até que o Congresso Nacional colmatasse a lacuna legislativa.

Muito se falou, que ao tomar a referida decisão, o STF teria infringido o princípio da separação de poderes imposto pela Constituição Federal, e com isso teria praticado uma função inerente ao Poder Legislativo, levando a um embate sobre o ativismo judicial e quais os limites na atuação do STF para solucionar as lides que são levadas até ele. Por outro lado, também se levanta a questão que a inércia do poder legislativo estaria pondo em risco a efetividade dos valores da Constituição, o que levaria a causar a sua desvalorização funcional.

Justifica-se a relevância do presente estudo por se tratar de decisões cujos efeitos refletem diretamente na sociedade. Em que pese a decisão do Supremo tenha sanado uma lacuna existente a tempos no ordenamento jurídico brasileiro, poderia ele fazê-lo sem ferir o Princípio da Separação de Poderes? Ou ainda o Princípio da Legalidade do Direito Penal?

O presente trabalho se propõe a fazer uma reflexão acerca do papel do Supremo Tribunal Federal, procurando identificar sua postura na tentativa de assegurar a efetividade das normas constitucionais, com o objetivo de responder as seguintes indagações: quais argumentos foram utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para legitimar a decisão que criminaliza penalmente as condutas transfóbicas? Qual foi o método interpretativo adotado pelo Supremo para sanar a lacuna legislativa na ADO Nº 26? Houve, de fato, usurpação da competência do Poder Legislativo e violação do Princípio da Legalidade Penal?

A metodologia do presente trabalho será analisar a postura do Tribunal Federal no julgamento da ADO nº26, fazendo um estudo de caso do julgamento e levantando os principais argumentos trazidos pelo Relator que influenciaram o colegiado a julgar a procedência da presente demanda.

2 O FENÔMENO DA EROÇÃO DA CONSCIÊNCIA CONSTITUCIONAL E A PROIBIÇÃO DO NON LIQUET.

Falar sobre o fenômeno da erosão da consciência constitucional é tratar diretamente sobre Teoria Geral do Controle de Constitucionalidade.

No atual ordenamento jurídico brasileiro algumas condutas praticadas pelo poder público podem gerar um desrespeito em relação à Constituição Federal. Essas condutas são denominadas como inconstitucionais e, portanto, devem ser combatidas pelo tribunal a quem compete a guarda da Constituição, que no presente caso é o STF (Supremo Tribunal Federal).

Conforme preceitua Marcelo Novelino ao tratar do tema em comentário, “A indiferença dos destinatários do poder perante a Lei Fundamental, anota Loewenstein (1970), consiste em uma atitude psicológica capaz de conduzir à atrofia dessa consciência” (Novelino, 2016, p.161-162).

Quando o Poder Legislativo, ao propor a edição ou criação de uma norma que afronta a sistemática constitucional, denominado por Lowenstein de *facere*, estamos diante de uma inconstitucionalidade por ação, ou seja, uma conduta positiva do poder público, enseja no ordenamento jurídico a primeira espécie de inconstitucionalidade.

A segunda, todavia, advém de uma abstenção do Poder Público, ou seja, ele deixa de agir, quando na verdade deveria realizar essa ação imposta a ele pela própria Carta Política, estamos, portanto, diante de uma omissão do Estado, um *non facere*, deixando assim, de adotar as medidas preceituadas pela Constituição.

Deste modo, ao tratarmos do tema da erosão da consciência constitucional, estamos falando, mais precisamente da segunda hipótese, a de inconstitucionalidade por omissão.

O fenômeno em comentário, também já foi abordado pelo Ministro do STF Celso de Melo na ADI 1.484/DF, buscando essa expressão em Karl Lowenstein (1970):

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.484/DF. Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT, Partido dos Trabalhadores. Requerido: Presidente da República Congresso Nacional. Relator: Min. CELSO DE MELLO, 21 de agosto de 2001.

[...] A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

DESCUMPRIMENTO DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL LEGIFERANTE E DESVALORIZAÇÃO FUNCIONAL DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA.

- O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de legislar, imposto em cláusula constitucional, de caráter mandatório - infringe, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional.

- A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos [...]

Ao se abster de legislar quando na verdade deveria realizar esta função, o Poder Público, acaba por gerar uma sensação de inconformismo na população, dando a ideia de uma Constituição que não cumpre seu papel, sendo ineficiente e consequentemente perdendo sua credibilidade perante a sociedade.

Paralelo a isso, é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro, tanto na Constituição Federal, quanto em legislações infraconstitucionais, o que se ficou conhecido como *non liquet*.

A expressão supracitada advém do latim, sendo uma abreviatura da frase “*iuravi mihi non liquere, atque ita iudicatu illo solutus sum*”, que pode ser traduzida da seguinte forma: “jurei que o caso não estava claro o suficiente e, em consequência, fiquei livre daquele julgamento”.

Na Roma antiga, o magistrado declarava o *non liquet* e consequentemente se eximia de julgar os casos nos quais havia lacuna legislativa ou não possuía uma nítida resposta jurídica para a resolução dos conflitos demandados.

A LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), em seu art. 4º aduz: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (Brasil, 1942). Há ainda, outros dispositivos infraconstitucionais que versam sobre o tema em comento, sendo eles: art. 8º da CLT (Decreto-Lei no 5.452/42); art. 108 do CTN (Lei no 5.172/1966) e art. 7º do CDC (Lei no 8.078/90).

Os referidos dispositivos trazem segurança jurídica aos litigantes, pois impedem que o magistrado se esquive de proferir uma sentença em caso de lacuna legislativa ou ainda, quando há dúvidas a respeito de quem deve vencer a demanda, utilizando de outros recursos jurídicos para solver a lide.

Na jurisprudência do STF destaca-se trecho do voto do Ministro Carlos Ayres Britto no julgamento do HC 91.352/SP, DJe 07/04/2008, *in verbis*:

[...] se ao Legislativo não se pode impor a obrigação de legislar, ao Judiciário se impõe, sim, a obrigação de julgar. É proibido, no âmbito do Judiciário, a formulação daquele juízo de *non liquet*, de não resolver a causa. O juiz de qualquer instância, o Tribunal de qualquer natureza tem que solver a questão, liquidar a questão para corresponder a esse prestígio máximo que a Constituição lhes deu ao dizer que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. [...]. (trecho citado por Rafael L-F Koatz no artigo intitulado “A proibição do *non liquet* e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional”, publicado Revista de Direito Administrativo da FGV, v. 270, set./dez. 2015, p. 174).

Tal medida se faz necessária, pois o Estado a partir do momento que vedou a autotutela, chamou para si a responsabilidade de prestar jurisdição sob qualquer hipótese, a fim de

promover a resolução pacífica dos conflitos. Vale salientar que o poder legiferante atribuído aos membros do Poder Legislativo pela Constituição Federal é facultativo, todavia ao Poder Judiciário é imposto o dever de julgar. Dessa forma, não faria sentido o magistrado deixar de decidir os conflitos sociais alegando lacuna legislativa ou obscuridade da norma, pois colocaria o sistema jurídico e sua higidez em colapso.

A sociedade sempre está em constante mutação, devendo o direito sempre buscar evoluir e se amoldar a ela, de forma que possa sempre acompanhá-la a fim de solver os problemas a ela inerentes.

Todavia isso é extremamente difícil, haja visto que a elaboração e atualização das normas jurídicas é de competência do Poder Legislativo, porém, o mesmo em muitas ocasiões se omite de forma proposital em legislar a respeito de temas de grandes debates e controvérsia social, de modo que, conforme novos conflitos surgem o direito se torna obsoleto, cabendo ao judiciário decidir a respeito dessas demandas.

É nesse ponto que é possível observar a importância do tema em comento, pois com a proibição do *non liquet* o judiciário busca dar efetividade aos direitos e garantias constitucionais que o Poder Legislativo se eximiu, de forma a tentar evitar o fenômeno da erosão da consciência constitucional teorizado por Lowenstein (1970).

Apesar de parecer uma solução simples para o problema da mora legislativa, o tema em questão abre precedentes para outro grande debate, que é a respeito do ativismo judicial. Ora se analisarmos a ADO 26/DF, na qual o STF enquadrando os crimes de homofobia e transfobia nas mesmas disposições da Lei Nº 7.716/1989 – Lei de Racismo, estaria o Supremo usurpando a competência do poder legislativo e, assim, ferindo o princípio da separação de poderes, ou estaria utilizando de outras fontes do direito para dar efetividade aos princípios constitucionais e assim evitando a desvalorização da Constituição?

3 O QUE VEM A SER ADO Nº 26?

Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, nº 26, foi uma ação interposta pelo Partido Popular Socialista em 19/12/2013, questionando a criminalização da homofobia e a omissão do Estado legislador.

Em 13 de junho de 2019, o Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu o julgamento da Ação Direta Inconstitucional (ADO) Nº 26, em que homofobia e transfobia são classificadas como racismo, mais precisamente como racismo social, no sentido da Lei 7.716/89.

Como é cediço, as funções do poder Estatal são divididas em três: Executivo, Legislativo e Judiciário. São poderes harmônicos, mas independentes, ou seja, o Executivo

administra; o Legislativo cria e edita as leis e o Judiciário resolve os litígios oriundos de sua aplicação.

Um poder não é maior, nem melhor, nem mais poderoso. Todos têm o mesmo peso e a mesma medida no esteio da chamada Teoria dos Freios e Contrapesos.

O sistema de freios e contrapesos consiste no controle do poder pelo próprio poder, sendo cada poder autônomo no exercício de sua função, mas controlados pelos demais poderes. Isso serviria para prevenir abusos no exercício do poder por um dos poderes (executivo, legislativo e judiciário). Desta forma, qualquer função, embora independente e autônoma, deve trabalhar em conjunto com as demais.

Quando um dos poderes supracitados extrapola seu campo de atuação, estamos diante de um conflito de competência que pode gerar ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) ou uma ADO (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão).

No presente caso o que pretende analisar é se o STF (Supremo Tribunal Federal), ao balizar a homofobia e a transfobia como crime de racismo, legislou, ou seja, criou uma lei, função exclusiva do Poder Legislativo.

Isto ocorreu por razão de uma lacuna legislativa. Os julgadores têm que julgar de acordo com as leis. No entanto, quando não há lei para resolver uma determinada contenda, o julgador pode usar os costumes, jurisprudência, doutrina, analogia, os princípios gerais do direito e a equidade.

O que não pode nunca ocorrer é ausência de uma resposta, ou seja, uma ação sem julgamento, pautada na ausência de uma fonte do Direito que a fundamente.

As lacunas na lei são um dos grandes problemas do direito constitucional brasileiro contemporâneo. Criou-se um conflito entre a tradicional separação de poderes de Montesquieu e a garantia dos direitos consagrados na Constituição, cujos efeitos não são regulamentados. São estas as famosas normas de eficácia limitada da doutrina tradicional de José Afonso da Silva. Esses padrões são definidos nas palavras deste Mestre da seguinte forma:

Como as normas de eficácia limitada, sua aplicação plena, relativamente aos interesses essenciais que exprimem os princípios genéricos e esquemáticos, depende da emissão de uma normatividade futura, em que o legislador ordinário, integrando-lhe a eficácia, mediante lei ordinária (...) lhes dê capacidade de execução em termos de regulamentação daqueles interesses visados (Silva, 2014, p.213).

A omissão inconstitucional nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso é definida como: não cumprimento de ordem constitucional que produz efeito positivo e cria norma jurídica. Assim, a inconstitucionalidade por omissão, fenômeno relativamente novo nos

ordenamentos jurídicos contemporâneos, coloca um desafio à doutrina e à jurisprudência, pois é representada pela inércia na elaboração das leis necessárias ao cumprimento das ordens constitucionais.

É preciso acrescentar que a simples indolência (mero fracasso do legislador) não significa necessariamente que sejamos confrontados com um fracasso inconstitucional. Ressalta-se, porém, que o traço característico do Poder Legislativo reside no Poder Legislativo, portanto a omissão só pode ser caracterizada se houver uma obrigação legislativa, que em algumas hipóteses está sujeita ao poder legislativo. A inconstitucionalidade por omissão decorre, portanto, de uma conduta contrária a uma obrigação legal de conteúdo positivo. Conforme as palavras de Oswaldo Palu:

A omissão legislativa somente pode significar que o legislador não faz algo que positivamente lhe era imposto pela Constituição. Não se trata, apenas, de um não fazer, mas de não fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava ele constitucionalmente obrigado. A omissão tem conexão com uma exigência de ação advinda da Constituição; caso contrário não haverá omissão. (PALU, 2001, p. 286).

Há inúmeras normas de eficácia limitada contidas na Constituição Federal, onde é imposto ao parlamento a obrigação de legislar e com isso dar efetividade e aplicabilidade à essas normas. Nas palavras do ilustre professor Marcelo Novelino:

Salvo na hipótese de recepcionar uma legislação precedente, não possuem eficácia positiva desde sua entrada em vigor, mas são dotadas de eficácia negativa, ab-rogando a legislação anterior incompatível e impedindo a edição de normas em sentido oposto (Novelino, 2016, p.68)

O simples fato dessas normas estarem inseridas dentro do texto constitucional, por si só, faz com que já tenham uma eficácia jurídica mínima, haja visto que impedem a edição de leis contrárias ao mandamento constitucional. Contudo, sua eficácia ainda é limitada, já que dependem da edição de uma norma ulterior para garantir sua plena eficácia.

Apesar do texto constitucional não especificar em quanto tempo o Congresso deverá dar a devida efetividade a essas normas, o estado inércia não pode se tornar abusivo. Sendo assim, na própria Constituição Federal estão previstos alguns instrumentos que visam combater a morosidade legislativa, é o caso do Mandado de Injunção (MI), tendo sua previsão legal no art. 5º, inciso LXXXI do texto constitucional e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO).

A Constituição Federal de 1988 adotou a ação de inconstitucionalidade por omissão em

seu art.103, § 2º:

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias (Brasil, 1988).

A Lei 12.063/2009, que acresceu o Capítulo II-A a Lei 9.868/1999, trouxe a disciplina processual para a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO. A omissão pode ser total ou parcial: A omissão total, quando não houver o cumprimento constitucional do dever de legislar. A omissão parcial, quando houver lei integrativa infraconstitucional, porém, de forma insuficiente.

4 POSTURA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) NO JULGAMENTO DA ADO 26.

Uma das questões jurídicas mais interessantes que o neoconstitucionalismo (termo utilizado para interpretar o direito à luz dos Direitos Fundamentais, colocando a Constituição no centro do ordenamento jurídico, em detrimento da visão positivista que defendia uma interpretação fria das normas) enfrenta hoje são as omissões legislativas inconstitucionais.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 / DF e despacho nº.4.733 / DF de 13.06.2019, o STF, ao nivelar a homofobia e a transfobia sobre o crime de racismo, encerrou com a criação de uma nova modalidade de punir e, consequentemente, agir expressamente como legislador positivo e, assim, usurpar o bom funcionamento dos poderes representativos, legislativo e executivo. Deve, portanto, ser examinado em que medida os incumprimentos do Parlamento na sua obrigação legislativa autorizam os tribunais constitucionais a intervir no processo legislativo de forma a colmatar a lacuna normativa existente, com o risco de que seja influenciado um ativismo judicial manifesto.

Para que se debata a postura do STF, se faz necessário o conhecimento do Acórdão não em sua totalidade, pois é demasiado extenso, apenas sua Ementa:

13/06/2019 PLENÁRIO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

REQUERENTE(S) :PARTIDO POPULAR SOCIALISTA ADV.(A/S) :PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI INTDO. (A/S); CONGRESSO NACIONAL

INTDO.(A/S) :PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL PROC.(A/S)(ES)
 :ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO ADV.(A/S) :JOSÉ ALEXANDRE LIMA
 GAZINEO ADV.(A/S) :FERNANDO CESAR DE SOUZA CUNHA ADV.(A/S)
 :EDVALDO FERNANDES DA SILVA AM. CURIAE. :GRUPO GAY DA BAHIA
 - GGB ADV.(A/S) :THIAGO GOMES VIANA AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO DE
 LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABGLT AM.
 CURIAE. :GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL - GADVS
 ADV.(A/S) :ALEXANDRE GUSTAVO DE MELO FRANCO BAHIA AM.
 CURIAE. :ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE JURISTAS EVANGÉLICOS -
 ANAJURE ADV.(A/S) :JOSE JULIO DOS REIS E OUTRO(A/S) AM. CURIAE.
 :FRENTE PARLAMENTAR "MISTA" DA FAMÍLIA E APOIO À VIDA
 ADV.(A/S) :WALTER DE PAULA E SILVA E OUTRO(A/S) AM. CURIAE.
 :GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDADANIA DE GAYS, LÉSBICAS E
 TRANSGÊNEROS ADV.(A/S) :ANANDA HADAH RODRIGUES PUCHTA E
 OUTRO(A/S) AM. CURIAE. :CONVENÇÃO BRASILEIRA DAS IGREJAS
 EVANGÉLICAS IRMÃOS MENONITAS - COBIM ADV.(A/S) :RAFAEL
 FERREIRA DE CASTRO E OUTRO(A/S) AM. CURIAE. :PARTIDOSOCIALISTA
 DOS TRABALHADORES UNIFICADO - PSTU ADV.(A/S)
 :ALBERTO ALBIERO JUNIOR AM. CURIAE. :CONSELHO FEDERAL DE
 PSICOLOGIA ADV.(A/S): VICTOR MENDONÇA NEIVA ADV. (A / SS):
 MARIANA KREIMER CAETANO MELUCCI ADV. (A / S) : BRUNA FLÁVIA
 FARIA BRAGA A M. CCURIAE.: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E
 TRANSSEXUAIS - ANTRA AADV. (/ S) : IGOR LUIS PEREIRA E SILVA E
 OUTRO (A / S) A M. CURIAE. : DEFENSORIA PUBLICA DO DISTRITO
 FEDERAL PROC.(A / S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO -GERAL DO DISTRITO
 FEDERAL

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO
 – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E
 DE MAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS
 AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE
 SUPERAÇÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À
 IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE
 CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, art.
 5º, incisos XLI e XLII) – A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
 POR OMISSÃO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DAS
 CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR
 INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO – A SITUAÇÃO DE
 INÉRCIA DO ESTADO EM RELAÇÃO À EDIÇÃO DE DIPLOMAS
 LEGISLATIVOS NECESSÁRIOS À PUNIÇÃO DOS ATOS DE
 DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU
 DA IDENTIDADE DE GÊNERO DA VÍTIMA – A QUESTÃO DA “IDEOLOGIA
 DE GÊNERO” – SOLUÇÕES POSSÍVEIS PARA A COLMATAÇÃO DO ESTADO DE
 MORA INCONSTITUCIONAL: (A) CIENTIFICAÇÃO AO CONGRESSO
 NACIONAL QUANTO AO SEU ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL E
 (B) ENQUADRAMENTO IMEDIATO DAS PRÁTICAS DE HOMOFOBIA E DE
 TRANSFOBIA, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME (QUE NÃO SE
 CONFUNDE COM EXEGESE FUNDADA EM ANALOGIA “IN MALAM
 PARTEM”), NO CONCEITO DE RACISMO PREVISTO NA LEI Nº 7.716/89 –
 INVIABILIDADE DA FORMULAÇÃO, EM SEDE DE PROCESSO DE
 CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE, DE PEDIDO DE
 ÍNDOLE CONDENATÓRIA FUNDADO EM ALEGADA RESPONSABILIDADE
 CIVIL DO ESTADO, EIS QUE, EM AÇÕES CONSTITUCIONAIS DE PERFIL
 OBJETIVO, NÃO SE DISCUTEM SITUAÇÕES INDIVIDUAIS OU INTERESSES
 SUBJETIVOS – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE O
 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MEDIANTE PROVIMENTO
 JURISDICIONAL, TIPIFICAR DELITOS E COMINAR SANÇÕES DE DIREITO
 PENAL, EIS QUE REFERIDOS TEMAS SUBMETEM-SE À CLÁUSULA DE
 RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI EM SENTIDO FORMAL (CF, art. 5º,
 inciso XXXIX) – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DOS REGISTROS

HISTÓRICOS E DAS PRÁTICAS SOCIAIS CONTEMPORÂNEAS QUE REVELAM O TRATAMENTO PRECONCEITUOSO, EXCLUDENTE E DISCRIMINATÓRIO QUE TEM SIDO DISPENSADO À VIVÊNCIA HOMOERÓTICA EM NOSSO PAÍS: “O AMOR QUE NÃO OUSA DIZER O SEU NOME” (LORD ALFRED DOUGLAS, DO POEMA “TWO LOVES”, PUBLICADO EM “THE CHAMELEON”, 1894, VERSO ERRONEAMENTE ATRIBUÍDO A OSCAR WILDE) – A VIOLÊNCIA CONTRA INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ OU “A BANALIDADE DO MAL HOMOFÓBICO E TRANSFÓBICO” (PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI): UMA INACEITÁVEL (E CRUEL) REALIDADE CONTEMPORÂNEA – O PODER JUDICIÁRIO, EM SUA ATIVIDADE HERMENÊUTICA, HÁ DE TORNAR EFETIVA A REAÇÃO DO ESTADO NA PREVENÇÃO E REPRESSÃO AOS ATOS DE PRECONCEITO OU DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS CONTRA PESSOAS INTEGRANTES DE GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS – A QUESTÃO DA INTOLERÂNCIA, NOTADAMENTE QUANDO DIRIGIDA CONTRA A COMUNIDADE LGBTI+: A INADMISSIBILIDADE DO DISCURSO DE ÓDIO (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, ARTIGO 13, § 5º) – A NOÇÃO DE TOLERÂNCIA COMO A HARMONIA NA DIFERENÇA E O RESPEITO PELA DIVERSIDADE DAS PESSOAS E PELA MULTICULTURALIDADE DOS POVOS – LIBERDADE RELIGIOSA E REPULSA À HOMOTRANSFOBIA: CONVÍVIO CONSTITUCIONALMENTE HARMONIOSO ENTRE O DEVER ESTATAL DE REPRIMIR PRÁTICAS ILÍCITAS CONTRA MEMBROS INTEGRANTES DO GRUPO LGBTI+ E A LIBERDADE FUNDAMENTAL DE PROFESSAR, OU NÃO, QUALQUER FÉ RELIGIOSA, DE PROCLAMAR E DE VIVER SEGUNDO SEUS PRINCÍPIOS, DE CELEBRAR O CULTO E CONCERNENTES RITOS LITÚRGICOS E DE PRATICAR O PROSELITISMO (ADI 2.566/DF, Red. p/ o acórdão Min. EDSON FACHIN), SEM QUAISQUER RESTRIÇÕES OU INDEVIDAS INTERFERÊNCIAS DO PODER PÚBLICO – REPÚBLICA E LAICIDADE ESTATAL: A QUESTÃO DA NEUTRALIDADE AXIOLÓGICA DO PODER PÚBLICO EM MATÉRIA RELIGIOSA – O CARÁTER HISTÓRICO DO DECRETO Nº 119-A, DE 07/01/1890, EDITADO PELO GOVERNO PROVISÓRIO DA REPÚBLICA, QUE APROVOU PROJETO ELABORADO POR RUY BARBOSA E POR DEMÉTRIO NUNES RIBEIRO – DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, PROTEÇÃO DOS GRUPOS VULNERÁVEIS E FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DE SUA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – A BUSCA DA FELICIDADE COMO DERIVAÇÃO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITA DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – UMA OBSERVAÇÃO FINAL: O SIGNIFICADO DA DEFESA DA CONSTITUIÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO CONHECIDA, EM PARTE, E, NESSA EXTENSÃO, JULGADA PROCEDENTE, COM EFICÁCIA GERAL E EFEITO VINCULANTE – APROVAÇÃO, PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DAS TESES PROPOSTAS PELO RELATOR, MINISTRO CELSO DE MELLO. (transcrição feita do original).

Nessa ação constitucional, duas razões são apresentadas para justificar a aceitação da moção: (a) uma razão formal relativa à existência de ordens constitucionais que prescrevem o entendimento da homofobia e transfobia como uma espécie do sexo racista (art. 5º, XLII) ou, em alternativa, a obrigação do Estado de garantir a proteção dos direitos e liberdades fundamentais diretamente enfraquecidas (Art. 5º XLI); e (b) qualquer material relativo ao dever constitucional de criminalizar quando houver uma proibição inadequada de proteção dos direitos da população vulnerável em questão, atua como crime.

O tópico em discussão atrai mútuos relevantes que precisam ser considerados e medidos antes que as decisões sejam tomadas. O cerne da questão está na compreensão de várias instituições, agências, comunidades e apoiadores da comunidade LGBTQIA+. A necessidade de criminalizar a homofobia está latente, mas nos deparamos com o dilema de como responder afirmativamente a essa questão. Seja por meio do STF, pelo conhecimento e aprovação das denúncias originais acima mencionadas perante este Supremo Tribunal Federal, seja pelo rito formal do Congresso Nacional totalmente indiferente ao assunto.

A omissão da lei obrigou a comunidade LGBTQIA+ a pleitear o apoio do Judiciário para que, por meio de interpretação constitucional, declare crime às diversas formas de discriminação não normativa por orientação sexual. O prejuízo decorrente dessa insegurança jurídica é inegável, dado o chocante número de mortos no Brasil: 445 homicídios homossexuais em 2017, segundo levantamento do Grupo Gay da Bahia. De acordo com a ONG *Transgender Europe*, 868 travestis e transexuais foram assassinados com violência no Brasil entre 2008 e junho de 2016.

O Excelentíssimo Ministro Celso de Mello iniciou sua votação ministrando um excelente curso sobre a diferença entre biologia e orientação sexual, entre várias manifestações de reconhecimento da barbárie em que vivemos e da necessidade de uma lei. Preconceito motiva ações e crimes que limitam atos. Vejamos alguns trechos de sua decisão:

Essa visão de mundo, fundada na ideia artificialmente construída de que as diferenças biológicas entre o homem e a mulher devem determinar os seus papéis sociais, meninos vestem azul e meninas vestem rosa, (...) impõe notadamente emface dos integrantes da comunidade LGBT uma inaceitável restrição a suas liberdades fundamentais, submetendo tais pessoas a um padrão existencial heteronormativo incompatível com a diversidade e o pluralismo. (ADO/26-DF Rel. Min. Celso de Mello, p.50).

A omissão do Estado mediante a inércia do poder público também desrespeita a Constituição, ofende os direitos que nela se fundam e impede, por ausência ou insuficiência de medidas, a própria aplicabilidade dos postulados da lei fundamental. (ADO/26-DF Rel. Min. Celso de Mello, p.9).

Ninguém pode ser privado de direitos ou sofrer sanções de ordem jurídica em razão de sua identidade de gênero. (...) Os LGBTs têm o direito de receber a igual proteção das leis. (ADO/26-DF Rel. Min. Celso de Mello, p.5).

Versões tóxicas da masculinidade e da feminilidade acabam gerando agressões a quem ousa delas se distanciar no seu exercício de direito fundamental e humano ao livre desenvolvimento da personalidade, sob o espantinho moral criado por fundamentalistas religiosos e reacionários morais com referência à chamada ideologia de gênero. (ADO/26-DF Rel. Min. Celso de Mello, p.49-50).

Tem havido muito debate sobre até que ponto o judiciário poderia desempenhar o papel

de legislatura positiva - e se poderia desempenhar tal papel - para criar o que é conhecido como penalidades aditivas. O fato é que a discussão entre a separação de poderes e a implementação de normas de eficiência limitada pelo judiciário se deve, principalmente, ao julgamento do Tribunal de Justiça Federal nos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, respectivamente, apresentado pelo Sindicato dos Funcionários do Estado do Espírito Santo (Sindpol), do sindicato dos trabalhadores da educação do Município de João Pessoa (Sintem) e do Sindicato dos Trabalhadores da Justiça do Estado do Pará (Sinjep), bem como os últimos dispositivos da Medida Provisória Lei 13.300 / 2016. Em síntese, ficou estabelecido que os dispositivos da Lei nº 7.783 / 89 - Lei de Greve dos Trabalhadores da CLT - são aplicáveis até a redação da Lei de Greve do Serviço Público.

Portanto, se o STF já entendeu de antemão que não se pode atuar como legislador positivo para garantir direito sob ameaça de violação da separação de poderes atualmente instituída com a jurisprudência instaurada no julgamento de liminar, a atuação positiva do Judiciário tenderá a ser a máxima. E ainda tem que ser uma máxima, especialmente quando em uma democracia não se pode gozar dos direitos constitucionalmente previstos, uma vez que o poder legislativo ou um órgão administrativo não edita normas que garantam o gozo da lei. Não parece razoável que após quase 30 anos da promulgação da Carta Magna existam direitos que não são regulamentados, especialmente a serem conferidos de acordo com esses direitos. Se o legislador não fizer tal ajuste, o judiciário deve usar os mecanismos apropriados para fazer o ajuste apropriado de forma que a constituição não seja uma mera figuração, não uma letra morta no sistema jurídico.

Em voto proferido pelo Ministro Relator Celso de Mello, no qual reconhece a inércia do poder legislativo, indica as razões que o levou a reconhecer a omissão inconstitucional. Vejamos:

O exame do quadro delineado nos presentes autos evidencia a existência, na espécie ora em análise, de nexos de causalidade entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e a configuração objetiva da ausência de provimento legislativo, de outro, cuja edição se revela necessária à punição de atos e comportamentos resultantes de discriminação ou de violência contra a pessoa em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero. A hipótese versada nesta ação constitucional traduz – como precedentemente enfatizado no douto parecer do Ministério Público Federal – uma típica situação de desrespeito à Lei Fundamental, por omissão normativa unicamente imputável ao Congresso Nacional, eis que – decorridos mais de trinta (30) anos da promulgação da Carta Política –, esta, no que concerne à discriminação contra homossexuais e transgêneros, ainda não constituiu objeto da necessária regulação legislativa viabilizadora da proteção penal a ser dispensada aos integrantes da comunidade LGBT. (ADO/26-DF Rel. Min. Celso de Mello, p.81).

Nota-se que dois fatores foram determinantes para o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão, o primeiro advém de uma ordem expressa da Constituição para fazer cessar atos discriminatórios, e o segundo, a inegável morosidade do poder legislativo que abusa do poder a ele conferido pela Constituição, haja visto que já se passaram mais de trinta anos desde a promulgação da Carta Política e ainda não foram criadas normas dentro do ordenamento jurídico brasileiro que criminalizam a discriminação contra a população LGBTQIA+. O que reforça ainda esse segundo argumento é o fato de o Congresso Nacional já ter aprovado inúmeras legislações penais que protegem grupos minoritários e vulneráveis, tais como, mulheres, negros e idosos, sendo injusto que apenas um grupo social não tenha uma proteção específica do Estado.

O argumento do Ministro Relator para solver a presente demanda, foi de usar a interpretação conforme à Constituição, tendo como principal argumento, as diversas formas de interpretar o vocábulo racismo, já instituído no ordenamento jurídico desde 1989.

Ao aplicar a técnica da interpretação conforme à constituição, o julgador se depara com inúmeras interpretações possíveis envolvendo um mesmo texto normativo, e dentre eles, busca alcançar a interpretação que mais se enquadra nos ideais do texto constitucional, seja em suas regras de natureza fundamental, seja em seus princípios ou em seus objetivos constitucionais.

Assim, ao fazer uso da própria técnica de interpretação adotada pelo Supremo, há a constatação de que racismo é uma palavra polissêmica, ou seja, apresenta muitos significados em uma só palavra, a depender do contexto em que está inserida, logo havendo diversas formas de interpretar o texto normativo.

Partindo dessas variadas interpretações, é preciso buscar aquela que mais se enquadre e se compatibilize com os princípios constitucionais da república e seus objetivos fundamentais, de construir uma sociedade justa, livre e solidaria, da qual tratam os Arts. 1º e 3º do texto constitucional.

Entendo, [...] que este julgamento impõe, tal como sucedeu no exame do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), que o Supremo Tribunal Federal reafirme a orientação consagrada em referido precedente histórico no sentido de que a noção de racismo – para efeito de configuração típica dos delitos previstos na Lei no 7.716/89 – não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, abrangendo, inclusive, as situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero. A prática do racismo – eliminada a construção artificial e equivocada do conceito de “raça” – traduz a expressão do dogma da desigualdade entre os seres humanos, resultante da exploração do preconceito e da ignorância, significando, em sua concreta expressão, a injusta denegação da essencial dignidade e do respeito mútuo que orienta as relações humanas. (ADO/26-DF Rel. Min. Celso

de Mello, p.115).

Assim, ao interpretar o vocábulo racismo de forma a reunir inúmeras condutas sociais, o STF entendeu que o conceito de raça vai além dos aspectos fenotípicos e biológicos, sendo qualquer ideologia que inferiorize um grupo social em relação a outro, é o que ficou conhecido como racismo social.

Vale salientar que a decisão tomada pelo Supremo não faz qualquer tipo de alteração no texto constitucional, pois, se o fizesse, estaria o tribunal realizando uma função alheia, não compelida a ele pela Constituição Federal.

Outro ponto que merece destaque é que a decisão proferida pela Corte Constitucional em momento algum equipara a homotransfobia ao crime de racismo, pois equiparar, seria o mesmo que dizer que os casos se assemelham, e com base nisso, aplicar-se-ia uma decisão analógica para proferir a referida decisão. Tal fundamentação seria equivocada caso tivesse sido adotada pelo órgão Judiciário, pois há no direito penal o princípio da proibição da analogia *in malam partem*, que consiste na proibição do uso da analogia, em caso de omissão do legislador, na aplicação de lei prejudicial ao réu.

O Ministro Relator proferiu os seguintes dizeres sobre a analogia:

O entendimento que venho de expor não envolve aplicação analógica (e gravosa) das normas penais previstas na Lei nº 7.716/89, pois, como ninguém o ignora, não se admite a utilização de analogia “in malam partem” em matéria penal, como tive o ensejo de assinalar em passagem anterior deste voto (item n. 12.2), valendo destacar, por relevante, que se orienta, nesse sentido, a jurisprudência desta própria Corte Suprema (HC 97.261/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa – RHC 95.782/MG, Rel. Min. Luiz Fux, v.g.). (ADO/26-DF Rel. Min. Celso de Mello, p. 129-130).

Ou seja, no entendimento firmado pelo STF não há equiparação entre a homotransfobia e o racismo, pois se tratam, na verdade, da mesma coisa. Sendo feita apenas uma extensão da interpretação da palavra raça, utilizando dos recursos hermenêuticos para chegar a uma interpretação legitimamente possível, já que é possível incluir nessa palavra, atos decorrentes além do aspecto biológico de uma pessoa, expondo determinado grupo a inferiorização e segregação, como é o caso do racismo social.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As problemáticas que orientaram o presente trabalho foram: quais argumentos foram utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para legitimar a decisão que criminaliza penalmente

as condutas transfóbicas? Qual foi o método interpretativo adotado pelo Supremo para sanar a lacuna legislativa na ADO N° 26? Houve, de fato, usurpação da competência do Poder Legislativo e violação do Princípio da Legalidade Penal?

No primeiro tópico deste trabalho, buscou-se fazer uma análise sobre as problemáticas enfrentadas pelo poder judiciário frente as omissões legislativas e quais soluções podem ser extraídas do texto constitucional para solver as lides levadas ao judiciário.

Foi concluído neste capítulo que o Poder Judiciário deve sempre solver a lide, conforme o princípio constitucional da inafastabilidade do poder judiciário, devendo fazer o uso da analogia, jurisprudência e princípios gerais do direito em hipótese de uma lacuna legislativa.

No segundo tópico buscou-se analisar o que é a ADO 26, uma ação que tramita no Supremo Tribunal Federal e tinha como objetivo combater a omissão do Congresso Nacional em editar lei que criminalizasse penalmente atos homofóbicos e transfóbicos.

Conclui-se neste tópico que este instrumento é de suma importância dentro do ordenamento jurídico brasileiro, pois é um último recurso para regulamentar os direitos fundamentais ignorados pelo Congresso Nacional, que em muitos casos, se omite propositalmente em legislar a respeito de matérias sensíveis para a sociedade brasileira com medo de perder parte de seu eleitorado.

Por fim, o terceiro e último tópico, buscou-se analisar a postura do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADO 26, os argumentos trazidos pelo Ministro Relator Celso de Mello para fundamentar a referida decisão e também se houve interferência do Poder Judiciário, adentrando em uma competência não imposta a ele pela Constituição Federal.

Neste último tópico é possível concluir que a decisão do Tribunal de Justiça Federal referiu-se a uma restrição da interpretação constitucional à Lei 7.716/89, de modo a compreender as inúmeras interpretações da palavra raça, englobando também os seus aspectos sociológicos, e não mais somente os biológicos, que ficou denominado como racismo social.

Chegou-se à conclusão também, que o Supremo Tribunal Federal não feriu o Princípio da Separação dos Poderes, bem como não equiparou os atos transfóbicos com condutas racistas, entendendo que em ambos os casos, se trata do mesmo crime, evitando interpretação *in malam partem* ou a criação de uma sentença aditiva.

Conforme expressamente decidido, as normas penais do Código Penal e outras leis extravagantes, com exceção da Lei do Racismo, não experimentaram qualquer efeito interpretativo e, portanto, não podem ser estendidas por outros sistemas jurídicos sob ameaça de insulto para se tornarem vinculativas.

O STF não se apodera das prerrogativas do Congresso Nacional, mas usa de sua competência para interpretar a constituição. O Supremo Tribunal Federal vem com a intenção de preencher uma lacuna jurídica que há anos vem causando sofrimento a um grupo social e que o legislador deixa de abordar por diversos motivos. Não se pode, portanto, falar em apropriação dos poderes do legislador. Os recursos constitucionais ADO e Mandado de Injunção estão incluídos em nossa Carta Magna justamente para remediar as falhas do poder legislativo.

REFERÊNCIAS

ALVES, E. de L. **Análise do julgamento da ado 26 e do mi 4.733 (criminalização da homofobia): Função Judicante Contemporânea Ou Ativismo Judicial?** Orientadora: Prof.^a. Dr.^a. Daniela Carvalho Almeida da Costa. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso. (Graduação em Direito). Universidade Federal de Sergipe, 2021. Acesso em: 20 out. 2021.

BARROSO, L. A. Controle de Constitucionalidade Por via de Ação Direta: A Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão. In: BARROSO, Luís Roberto. **O controle de Constitucionalidade no Direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Cap. 3. p. 276-302. Acesso em: 03 ago. 2021.

BORTONI, L. Brasil é o país onde mais se assassina homossexuais no mundo. Violência. **Radio Senado**, 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2018/05/16/brasil-e-o-pais-que-mais-mata-homossexuais-no-mundo>. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05 jun. 2021.

BRASIL, Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**. Brasília: DF, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 05 jun. 2021.

BRASIL, Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Presidência da República, Casa Civil. **Diário Oficial da União**. 5 jan. 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716compilado.htm. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 Distrito Federal. Ministro Celso de Mello**. 13 de junho de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp>. Acesso em: 02 ago. 2021.

DUTRA, R. **Insolvência transnacional e a ausência legislativa diante do cenário econômico mundial**, 2018. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2018/pdf/RaquelCasaisD

utra.pdf. Acesso em: 18 maio 2021.

KOATZ, R. L-Fe. A proibição do non liquet e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270, p. 171-205, set./dez. 2015.

MARMELSTEIN, G. O Asno de Buridano, o Non Liquet e as Katchangas. **Direitosfundamentais.net**. 2009. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2009/01/07/o-asno-de-buridano-o-non-liquet-e-as-katchangas/>. Acesso em: 18 maio 2021.

MENEZES, S. **Proteção jurídica dos direitos fundamentais ante a omissão legislativa: decisão do stf na ado 26**. Orientador: André Rufino do Vale. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito). Escola de Direito e Administração Pública, EDAP, Brasília, 2020. Acesso em: 21 set. 2021.

NOVELINO, M. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. rev., ampl. e atual. - Salvador:Ed. JusPodivm, 2016.

PALU, O. L. **Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PISKE, J. O.; SARACHO, A. B. **Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System)**. 2018. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>. Acesso em: 18 out. 2021.

SILVA, J. A. da. Direito de Igualdade. In: SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 213-231. Acesso: em 20 out. 2021.

PROIBIÇÃO DA TESE DE LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA EM CASOS DE FEMINICÍDIO

RAVAGNANI, Christopher Abreu¹

CAMILO, Ághatta Aparecida do Prado²

ISSUE DOI: 10.3738/1982.2278.4525

RESUMO: O presente trabalho caracteriza e discute a proibição da tese de legítima defesa da honra em casos de feminicídio, tratada na ADPF 779 MC-REF/DF. A legítima defesa da honra é colocada como recurso odioso usado para atacar mulheres que sofrem agressão. O objetivo do trabalho é explorar a legítima defesa da honra como instrumento de defesa do acusado, entendendo que não se pode, jamais, cercear o direito do réu de se socorrer da mesma. Para tanto, utiliza-se a revisão bibliográfica crítica acerca do tema, com o uso de livros, artigos científicos e legislações. Os resultados da pesquisa demonstram que impedir o direito do réu de se assegurar desse meio de defesa é de caráter inconstitucional, tendo em vista a plenitude de defesa. Portanto, considerando a visão de inconstitucionalidade da proibição, não se deve considerar a nulidade processual ao apresentar a tese no tribunal.

Palavras-chave: Ampla defesa. Legítima defesa da honra. Feminicídio.

PROHIBITION OF THE THESIS OF LEGITIMATE DEFENSE OF HONOR IN CASES OF FEMALE

SUMMARY: This paper characterizes and discusses the prohibition of the Legitimate Defense of Honor thesis in cases of Femicide, dealt with in ADPF 779 MC-REF / DF, where the legitimate defense of honor is placed as a hateful resource used to attack women who suffer aggression. The objective of the work is to analyze the legitimate defense of honor as an instrument of defense of the accused, understanding that it is never possible to restrict the defendant's right to use it. Therefore, a critical bibliographic review on the subject will be used, with the use of books, scientific articles and legislation. However, the research results demonstrate that preventing the defendant's right to ensure this means of defense is unconstitutional, aiming at the right of full defense. Therefore, considering the view of unconstitutionality of the prohibition, the procedural nullity should not be considered when presenting the thesis in court.

Keywords: Broad defense. Self-defense of honor. Femicide.

1 INTRODUÇÃO

De 05 a 12 de março de 2021, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em unanimidade, julgaram como inconstitucional a tese de legítima defesa da honra, fundamentando que a tese fere princípios constitucionais. A ADPF 779 MC-REF/DF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), tem como função, impossibilitar o uso da legítima defesa da honra em qualquer que seja a fase do processo, tal como em fase do

¹ Mestre em direito pela Universidade Júlio de Mesquita Filho – UNESP/SP. Docente na Faculdade Dr. Francisco Maeda – FAFRAM/SP desde 2019. Advogado.

² Discente do curso de direito Faculdade Dr. Francisco Maeda – FAFRAM/SP.

juízo em plenário, acarretando até mesmo a nulidade processual. Essa pesquisa tem como prioridade, discutir a inconstitucionalidade da proibição ao uso da tese, levando em conta que não se pode de forma alguma cercear um meio de defesa do acusado, pois seria isso uma violação dos direitos e garantias fundamentais que está prevista em nossa Constituição Federal.

A metodologia do trabalho consistiu em uma revisão bibliográfica crítica com o uso de doutrinas, artigos científicos, legislação brasileira e sítios eletrônicos.

No primeiro tópico foi abordado o conceito da plenitude de defesa no Tribunal do Júri, dado como uma das mais fortes formas de defesa, onde é pontuado o espaço que a mesma ocupa e o peso que se tem para que a auto defesa seja apresentada de forma vasta e plena, já que não se utiliza apenas de meios jurídicos para a sua argumentação. Tida também como uma segurança que o acusado pode ter para que excessos não sejam aceitos e que haja paridade de armas entre defesa e acusação, já que a acusação sempre terá um peso maior. E que se faça valer um julgamento justo.

No segundo tópico foi apresentada a tese da legítima defesa da honra no Tribunal do Júri, os preceitos da legítima defesa desde o primeiro código penal brasileiro, abrangendo todo um contexto histórico, de modo que antigamente, a honra era cercada de todo um vasto valor cultural, onde a sociedade a colocava como algo a ser defendido de qualquer forma que fosse, até mesmo com a morte se preciso. A defesa usava a referida tese sem que qualquer impedimento fosse feito e tinha como finalidade uma absolvição em plenário.

No último tópico, e não menos importante, foi exposta a (in)constitucionalidade da tese de legítima defesa da honra no Tribunal do Júri, mostrando que cercear o direito de defesa do acusado é completamente inconstitucional e chega ser sexista de um certo ponto de vista, levando em conta que a legítima defesa não está condicionada apenas ao uso masculino, se que seja considerado que todos podem defender plenamente a sua honra. Desconsiderou-se na proibição a visão de que não se busca a absolvição do réu e sim o seu direito de se defender em plenário de maneira livre, visando que a Constituição Federal resguarda a plenitude de defesa para que excessos não sejam aceitos de forma alguma.

2 A PLENITUDE DA DEFESA NO TRIBUNAL DO JÚRI

O art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “a” da Constituição Federal, instituiu a plenitude da defesa no Tribunal do Júri. Este princípio, constitui não somente um direito, mas também uma

garantia de que a defesa do réu se dará de forma mais completa e absoluta possível, sendo a potencialização do princípio da ampla defesa. (Brasil, 1988).

A plenitude da defesa é algo dotado de perfeição. Tamanha é sua completude, que não se abstêm apenas a fundamentações e argumentações jurídicas, e sim abarca todos os meios de defesa, podendo- se valer de preceitos religiosos, sociológicos, morais, dentre outros, para que, ao lidar no Tribunal do Juri com jurados leigos, tenha uma clareza em relação aos seus argumentos defensivos.

Nesta conjuntura, muito embora a plenitude de defesa se utiliza da ampla defesa, essas não se confundem, uma vez que a primeira é a potencialização da segunda, enquanto a segunda é apenas um dos meios da primeira, uma vez que a ampla defesa, se abstém a defesa técnica.

A ampla defesa é tida como o direito constitucional de defesa, do exercício da autodefesa e o direito de uma defesa técnica, nesse aspecto tanto o réu quanto o autor tem o direito de alegar fatos jurídicos e comprova-los. Já o contraditório, em síntese, é a ciência da existência do processo, dos atos praticados dentro dele e do direito de reagir, dando uma dialética ao processo.

[...] um defensor pode ser menos preparado para conduzir a defesa de um réu durante a instrução criminal que se desenvolve diante do juiz togado, mesmo porque este profissional pode suprir suas falhas, até mesmo para acolher teses que defluem das provas dos autos, mas que as partes não sustentaram em suas alegações, o que não ocorre no júri, cujos magistrados de fato são leigos e impossibilitados de agir da mesma forma. O juiz presidente não pode invadir a sede dos debates, pois estaria corrompendo sua imparcialidade perante o Conselho de Sentença, mesmo que fosse para beneficiar o réu, rompendo a igualdade entre as partes e afetando o contraditório, bem como o devido processo legal [...]. A plenitude de defesa, como característica básica da instituição do júri, clama por uma defesa irretróvel, seja porque o defensor tem preparo suficiente para estar na tribuna do júri, seja porque o réu pode utilizar o seu direito à autodefesa, ouvido em interrogatório e tendo sua tese devidamente levada em conta pelo juiz presidente, por ocasião da elaboração do questionário” (Nucci, p. 140-141, 1999).

No processo penal, exige-se o contraditório efetivo, ou seja, se o réu não se defende é nomeado um advogado para que o faça.

Do princípio do contraditório decorrem, conforme Humberto Theodoro Junior, “três consequências básicas”: a) a sentença só afeta as pessoas que foram partes no processo, ou seus sucessores; b) só há relação processual completa e eficaz após a regular citação do demandado; e c) toda decisão só será proferida depois de ouvidas ambas as partes, ou pelo menos depois de ensejada oportunidade para que ambas se manifestem (Krueger, Tesheiner, p. 37, 2021).

Conforme Nucci (2015), os direitos fundamentais são, indiscutivelmente, indispensáveis por serem os dispositivos que asseguram aos acusados decisões justas, sem que excessos e abusos sejam aceitos, garantindo assim, uma defesa amplamente eficiente perante as acusações apresentadas ao magistrado e os jurados.

Com tamanha abrangência, a plenitude da defesa é seguida pelo respaldo do contraditório e da ampla defesa, que por sua vez, também está fundamentado no art 5º, LV da Constituição Federal. Vejamos:

CF, ART 5º, LV- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (Brasil, 1998)

Mesmo sendo questões distintas, o contraditório e a defesa são, incontestavelmente, complementares, pois é no momento que se contradiz a acusação que surge da defesa. Apresentando duas vertentes, o contraditório traz o direito à informação e a igualdades entre as partes (defesa e acusação). (Lopes Junior, 2021).

Seguindo a ideia de Pacelli (2021) contraditório e a ampla defesa são de suma importância diante todo curso do processo, uma vez que garantem o devido processo legal e, por conseguinte, a proteção ao acusado, proporcionando um processo mais justo e compatível ao peso da acusação.

A defesa técnica faz-se necessária pois o acusado é visto como sujeito passivo perante a falta de recursos para exercer de forma ampla e efetiva a sua defesa (Lopes Junior, 2021).

Com a plenitude da defesa, como dito anteriormente, pode-se considerar uma argumentação não fundamentada juridicamente, sendo assim, se de sua vontade for, o acusado, pode exercer a sua autodefesa ou até mesmo renunciar a ela permanecendo em silêncio durante seu interrogatório.

No entanto, tal renúncia não é possível no que tange a defesa técnica ou pública, mesmo nos casos em que é vista pelo Juiz como insuficiente. Isto se dá em razão de o Conselho de Sentença, ser formado por pessoas leigas, em outras palavras, pobre de conhecimentos jurídicos específicos, para formarem opiniões apenas com base na apresentação de argumentos contidos oferecida ao acusado pelo seu advogado.

Diante dessas pontuações, é visto que Plenitude de defesa, por mais plena, ou seja, por mais completa que seja, está incontestavelmente ligada ao princípio do contraditório e da ampla defesa, pois estes são instrumentos utilizados para garantir que a defesa se proceda de

forma plena e justa.

3 TESE DE LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA NO TRIBUNAL DO JÚRI

A honra masculina era vista como algo de grande importância perante a nossa sociedade e isso basicamente fazia com que os homens se sobressaíssem perante as mulheres, criando uma forma de soberania, os quais eram vistos como “donos” de suas filhas e mulheres, colocando sua honra à frente da vida dessas, como por exemplo, nos casos de adultério, que era permitido cometer assassinato, sem que fossem mortos por tal crime, como estava descrito no título XXXVIII do 5º livro das ordenações quando o Brasil ainda era colônia:

Achando o homem casado sua mulher em adulterio, lícitamente poderá matar assi a ella, como o adultero, salvo se o marido for peão, e o adultero Fidalgo, ou nosso Dezembargador, ou pessoa de maior qualidade. Porém, quando matasse alguma das sobreditas pessoas, achando-a com sua mulher em adulterio, não morrerá por isso mas será degradado para Africa com pregão na audiencia pelo tempo, que aos Julgadores bem parecer, segundo a pessoa, que matar, não passando de trez annos.

1. E não sómente poderá o marido matar sua mulher e o adultero, que achar com ella em adulterio, mas ainda os pode os lícitamente matar, sendo certo que lhe cometerão adulterio; e entendendo assi provar, e provando depois o adulterio per prova licita e bastante conforme à Direito, será livre sem pena alguma, salvo nos casos sobreditos, onde serão punidos segundo acima dito lhe.

2. E em caso, que o marido matar sua mulher lícitamente, não a achando porém no adulterio, não haverá cousa alguma dos bens, que em dote lhe fossem dados, ou per sucessão ou doação a mulher houvesse; e se tiverem outros bens, que ambos houvessem adquirido, estes haverá o marido in solidum, sem os herdeiros da mulher haverem parte alguma; porque somente haverá os bens todos da mulher, quando a accusar por o adulterio, e for por elle condenada a morte, ou quando a matar juntamente com o adultero, polos achar ambos no adulterio.

3. E se o marido, que matar sua mulher, quando se poz em livramento, confessou que a matara por ser sua mulher, e lhe ter feito adulterio, e por não provar sua defeza, for condenado que morra morte natural, por a matar sem causa, os herdeiros da mulher vencerão os bens do marido, não tendo elle filhos, ou descendentes outros de outra mulher, que per nossas Ordenações, ou Direito Civil lhe possam succeder. E sendo caso que o marido seja condenado em outra pena, que não seja morte natural, os herdeiros não vencerão os bens do matador.

4. E no caso, que o marido matar sua mulher, ou o adultero, por lhe fazer adulterio, será necessario para ser livre da dita morte sem pena alguma, que prove, o casamento por testemunhas, que ouvissem as palavras do recebimento. E não havendo taes testemunhas, que ouvissem as palavras do recebimento, bastará provar- se que o marido e mulher forão à porta da Igreja perante o Cura, ou qualquer outro Clerigo, que stivesse em acto para receber, e como casados tornarão para caza, e em voz e fama de casados viverão dahi por diante em huma caza leüda e mantida, como marido e mulher, e juntamente offerecer certidão authentica do Cura, tirada do Livro dos casados, per que se prove o casamento. Porém, não provando per cada um destes modos o Matrimonio, e provando-o na fórma, que dissemos no Titulo 25: Do que dorme com mulher casada, não morrerá morte natural, mas será degradado para sempre para o Brazil. E não provando o Matrimonio, como dito lhe no dito Titulo, posto que mostre instrumento dotal, e provem starem em voz e fama de marido 13 e

mulher, morrerá morte natural, pois per si quiz tomar vingança, não tendo cada huma das ditas provas.

5. E declaramos, que no caso, em que o marido póde matar sua mulher, ou o adúltero, como acima dissemos, poderá levar consigo as pessoas, que quizer, para o ajudarem, comtanto que não sejam inimigos da adúltera, ou do adúltero por outra causa afóra do adultério. E estes, que consigo levar, se poderão livrar, como se livraria o marido, provando o Matrimonio e adultério. Porém, sendo inimigos, serão punidos segundo Direito, posto que o marido se livre” (Almeida, 1881).

Diante desse contexto histórico, constatamos que a honra masculina trazia um peso cultural muito grande colocando o homem, como soberano, deixando claro que era lícito ao homem matar a mulher em casos de adultério.

A honra era um preceito muito ligado à sociedade, aos costumes e cultura das famílias. Para que fosse preservada a nobreza de uma tradição, era mantido muitos de seus costumes como por exemplo, os laços sanguíneos e para que além de herança, a honra dos homens da família, fossem passadas a diante se fazendo valer até mais que a própria vida. A honra era adquirida com laços de sangue e mantidas com base no comportamento das mulheres e sua pureza sexual. (Ramos, 2012)

Mais adiante, em 1830 quando o Brasil teve promulgado o seu próprio ordenamento jurídico, já não havia mais essa previsão em texto de lei, que dava ao homem “direito” sobre a vida da sua parceira, então aquela previsão objeta que existia anteriormente já não se repetiu na legislação brasileira, mas ainda assim, no código de 1890 já se tratando em contexto de república, encontramos as excludentes de crime, sendo que a legítima defesa foi tomando sua forma como era disposto no art. 27, § 4º do Código Penal de 1890, devido a privação de seus sentidos e ausência de inteligência e a forte emoção do momento ao cometer tal ato, como por exemplo, nos casos de adultério, o criminoso passional não teria plena responsabilidade de suas ações e por isso, não seria visto como um criminoso.

Art. 27. Não são criminosos:

§ 4º Os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de intelligencia no acto de commetter o crime;

Tão importante e antigo é o instituto da legítima defesa que o mesmo era previsto nas Leis de Moisés em Êxodo, capítulo 22, versículo 2 e 3 “Se o ladrão, surpreendido de noite em flagrante delito de arrombamento, for ferido de morte, não haverá homicídio; mas se o sol já se estiver levantado, haverá homicídio” e na Lei das XII Tábuas “*Lex duodecim tabularum furem noctu deprehensem permittit occidere; interdum autem deprehensum, si telo se defendat*”, permitindo matar o ladrão que atacasse as pessoas a noite (Arsa, 450 a.C).

Em 1813 o Código bávaro foi o pioneiro na codificação da legítima defesa, após em 1852 o Código Austríaco e em 1871 o Código Alemão, o Brasil somente codificou o instituto em 1830 e ainda possui previsão no atual Código de 1940.

Ainda seguindo o Código Penal de 1890 e na forma que a legítima defesa estava tomando, encontramos no art. 32, § 2º, outra excludente de ilicitude que diz:

Art. 32. Não serão também criminosos:
§ 2º Os que o praticarem em defesa legítima, própria ou de outrem.
A legítima defesa não é limitada unicamente á protecção da vida; ella comprehende todos os direitos que podem ser lesados.

Ao dizer sobre todos os direitos que podem ser lesados, claramente a honra se fazia presente, levando em conta que na época era algo de grande valor moral perante a sociedade e por tanto, defendida com tanta devoção e tendo favorável para si a tese da perturbação de seus sentidos se a ausência de inteligência, era quase que na maioria das vezes, absolvido pelos jurados.

Ademais, a honra está ligada ao conceito em que o ser está inserido, aos costumes e aos valores que cada sociedade atribui a eles ditando quais condutas são reprováveis ou aplaudidas tornando esses tipos de comportamento como regras a serem seguidas, não basta uma conduta ser acertada, precisa ser correta aos olhos de terceiros. O ser humano vive atrelado ao que o seu meio social atribui a ele se sentindo satisfeito somente quando sua imagem serve de exemplo.

Nesse sentido, tem-se a honra como modo de vivencia, o ser humano busca enquadrar-se e seguir o modelo adequado a época, é um sentimento subjetivo, um patrimônio da pessoa que a exhibe com orgulho perante terceiros.

Em 1940, já em outro ordenamento, como tese técnica era apresentada a tese de violenta emoção e não contrariando a lei, surgiu também a legítima defesa da honra que substituída com muita eficiência a tese de violenta emoção por ser tida como mais forte por na época assegurar a defesa de valores e costumes importantes (Assis, 2019).

Muitas das vezes, ao apresentar a tese de legítima defesa da honra aos jurados os advogados usavam de uma certa esperteza alegando sempre que para defender a sua honra perante a sociedade, não havia outra forma de punir o adultério da esposa se não com o assassinato da mesma, ou muitas das vezes, apresentava - se até mesmo a dor de amor que no auge de sua raiva, ao ser traído por sua mulher tentava contra sua vida. Sendo assim, por se tratar de uma sociedade completamente mergulhada no machismo, em maioria das vezes os criminosos eram absolvidos por unanimidade pelos jurados.

Com a evolução dos anos, em um novo ordenamento do Código Penal de 1940, estabeleceu que não seria mais excluída a imputabilidade na prática de crime movido pela emoção. Com isso, as absolvições tiveram fim fazendo assim com que não saíssem impunes aqueles que para defender a sua honra, matavam sua mulher.

Na ADPF 779, segundo o posicionamento do ministro Dias Toffoli, seguido por Edson Fachin, Luiz Fux e Luis Roberto Barroso, entenderam que a legítima defesa e legítima defesa da honra são coisas distintas, podendo apenas a legítima defesa encontrar resguardo no ordenamento jurídico devendo a honra ser excluída de tal esfera.

A seguinte decisão:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, referendou a concessão parcial da medida cautelar para: (i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF); (ii) conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, caput e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa e, por consequência, (iii) obstar à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases préprocessual ou processual penais, bem como durante julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento, nos termos do voto do Relator. Os Ministros Edson Fachin, Luiz Fux (Presidente) e Roberto Barroso acompanharam o Relator com ressalvas. A ressalva do Ministro Gilmar Mendes foi acolhida pelo Relator. Falaram: pelo requerente, o Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti; pelo interessado, o Ministro José Levi Mello do Amaral Junior, Advogado-Geral da União; e, pelo amicus curiae Associação Brasileira das Mulheres de Carreira Jurídica, a Dra. Eliana Calmon. Plenário, Sessão Virtual de 5.3.2021 a 12.3.2021. Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques. ADPF 779

Porém, na nossa constituição em seu art 5º, X, a honra é tutelada como um bem jurídico, *clausula pétrea* que não se pode de maneira alguma ser revogada, mudada, excluída. Observe:

CF 5º X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (Brasil, 1998).

Possui também previsão na Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948):

Artigo 12 Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

A legítima defesa pode ser vista como uma criação da defesa, para que em se tratando de crimes passionais, fosse obtida uma decisão de absolvição ou senão, uma penalidade mais branda do que estaria prevista. Em uma artimanha de defesa bem colocada e apresentada para o júri a absolvição do acusado era, na maioria das vezes, certa. Portanto, a tese era vista como um tiro certo e sem qualquer impedimento era usada para que se fosse o réu absolvido, levando em consideração que não havia limitações para se defender qualquer que seja o bem tutelado.

4 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TESE DE LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA

Em razão da crescente violência de gênero no país, como mostra os dados do Mapa da Violência de 2015, “em 2013, foram registrados 4.762 homicídios de mulheres, isso é, 50,3% do total nesse ano, foram perpetrados por um familiar da vítima. Isso representa perto de 7 feminicídios diários nesse ano, cujo autor foi um familiar. 1.583 dessas mulheres foram mortas pelo parceiro ou ex-parceiro, o que representa 33,2% do total de homicídios femininos nesse ano. Nesse caso, as mortes diárias foram 4.”, houve a necessidade de mudança social no sentido de desconstrução do patriarcado a fim de extinguir a cultura do controle e poder sobre as mulheres, em 09 de março de 2015 foi sancionada a Lei n. 13.104, conhecida como a “Lei do Feminicídio”, que inseriu o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio e o incluiu no rol dos crimes hediondos. (Waiselfisz, p 70, 2015).

Em síntese, a mencionada lei traz segurança e proteção as mulheres que sofrem agressões físicas e psicológicas em razão do gênero ou em âmbito doméstico e familiar, que muitas vezes possuem uma relação de dependência e não conseguem se desvencilhar de seus agressores.

O clamor social e a ascensão do feminismo ganharam força no cenário brasileiro e com isso, impactaram as diversas esferas de poder refletindo também no judiciário, problematizando a tese da legítima defesa da honra usada nos júris brasileiros.

Em 15 de março de 2021, o plenário do STF referendou a medida cautelar anteriormente concedida diante da ADPF 779 MC-REF/DF arguida por Partido Político com representação no Congresso Nacional sob a assertiva de que a legítima defesa da honra é estratégia cruel, subversivo da dignidade da pessoa humana e dos direitos à igualdade e à vida e totalmente discriminatória contra a mulher por contribuir com a perpetuação da

violência doméstica e do feminicídio no país.

Ainda aduz que foi no discurso jurídico acerca da legítima defesa que se abriu espaço para a tolerância em relação aos homicídios cometidos por homens contra esposas consideradas adúlteras, que é um recurso argumentativo/retórico odioso, desumano e cruel e de que aquele que se vê lesado em sua honra tem meios jurídicos para buscar sua compensação por meio do Código Penal, Capítulo V, que prevê os tipos penais da calúnia, da difamação e da injúria e que o adultério não configura uma agressão injusta apta a excluir a antijuridicidade de um fato típico, pelo que qualquer ato violento perpetrado nesse contexto deve estar sujeito à repressão do direito penal.

Assim, foi excluída a legitimidade jurídica da invocação da tese da legítima defesa da honra proibindo o seu uso de forma direta, indireta ou subliminar, sob pena de nulidade do ato ou do julgamento.

Essa decisão causou grandes debates e controvérsias no mundo jurídico sobre a sua constitucionalidade que fere os princípios basilares do tribunal do júri e da plenitude da defesa.

Ocorre que a tese da legítima defesa da honra não é só adequada para casos onde os réus são homens, ao contrário também é válido, aliás, a previsão legal é bem clara no sentido de que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, ou seja, a fim de proibir a utilização da tese baseou-se o fundamento em um argumento sexista, uma vez que o movimento feminista está em pauta, ignorando a plenitude da defesa e a garantia do direito a honra as pessoas e não somente aos homens, tanto é que a tese pode ser utilizada nas duas vertentes de gênero, mas no Acórdão da ADPF 779 não se mencionou em momento algum fundamentos legais amparados na vertente do argumento ser utilizado pela defesa no caso de uma ré feminina.

Ademais, a Constituição Federal de 1988, consagra em seu artigo 5º, XXXVIII: “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; [...]”

Buscando a etimologia das palavras, plenitude deriva do latim plenitudinis, inis, e significa: “ [1] Condição de pleno, daquilo que está completo, inteiro, sem espaço.[2] Estado do que se apresenta total ou integralmente; completude. [3] expressão: Em plenitude. No grau máximo de: expressava sua fé em plenitude.[4]” (Aurélio, 2021).

Pode-se entender então que plenitude de defesa é a defesa vasta, completa em seu grau máximo. Portanto, insurge totalmente a ideia de limitação.

Nesse diapasão, Feitoza (2008) ensina que o princípio da plenitude de defesa tem tradução na ampliação do direito de defesa dos réus, diante de características peculiares existentes no Tribunal do Júri, em especial diante da flexibilidade das decisões.

Assim, defesa plena é mais abrangente e mais ampla que a própria ampla defesa e deve ser oportunizado ao acusado utilizar-se de todos os meios legais possíveis, incluindo-se de argumento jurídicos e não jurídicos.

Nesse sentido, o entendimento de Nucci:

Os vocábulos são diversos e também o seu sentido. Amplo quer dizer vasto, largo, muito grande, rico, abundante, copioso; pleno significa repleto, completo, absoluto, cabal, perfeito. O segundo é, evidentemente, mais forte que o primeiro. Assim, no processo criminal, perante o juiz togado, tem o acusado assegurada a ampla defesa, isto é, vasta possibilidade de se defender, propondo provas, questionando dados, contestando alegações, enfim, oferecendo os dados técnicos suficientes para que o magistrado possa considerar equilibrada a demanda, estando de um lado o órgão acusador e de outro uma defesa eficiente (Nucci, 2021, p 38).

Ademais, a defesa plena visa assegurar a efetividade da defesa técnica no embate jurídico, garantindo assim o direito constitucional do acusado ao devido processo legal.

Nessa perspectiva, a trivialização de princípios regentes como o devido processo legal e a dignidade da pessoa humana é uma consequência da limitação da defesa plena. Em virtude de que, com o devido processo legal há uma proteção mais abrangente tanto na proteção do direito à liberdade quanto na paridade de condições com o Estado-persecutor (Moraes, Borges, 2021).

Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal) (Lopes, 2021, p.12).

Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana, que está no rol de direitos e garantias fundamentais, se refere ao mínimo existencial, a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar.

Assim, como é cediço os princípios constitucionais guardam valores fundamentais, basilares e estruturam a ordem jurídica vigente, nesse prisma a limitação torna-se totalmente inconstitucional.

Os princípios constitucionais, são a base do nosso sistema normativo, os alicerces do edifício jurídico, o que constroem e dão mais coesão a todo ordenamento (Nunes, 2018).

É notória a violação aos princípios da defesa plena, devido processo legal e dignidade da pessoa humana, contrariando assim o próprio ordenamento jurídico, sendo assim, inconstitucional.

As teses plenas devem estar em embate e o veredicto do Conselho de Sentença deve ser respeitado. Nesse aspecto, a crítica é no sentido de que se há alguma distorção ou inadequação da decisão proferindo uma decisão considerada não justa ou acolhendo e rechaçando qualquer tese apresentada, isso se deve a falta de conhecimentos técnicos para entender o procedimento e o linguajar jurídico apresentado em plenário, a lei prevê a composição do júri por pessoas leigas que muitas vezes não tiveram nenhum contato com a legislação ou não possuem nenhuma bagagem jurídica.

Arelado a isso, importante ressaltar que as decisões do Conselho de Sentença independem de fundamentação, ou seja, o indivíduo sem conhecimento jurídico algum, podendo ser influenciado pela mídia ou pelo clamor social pode decidir da forma que quiser sem se quer motivar o que ensejou sua decisão.

Nucci, (2015, p.173) corrobora com esse entendimento:

Jurados incultos tem a tendência de abstrair as teses e julgar o ser humano, tal como ele se apresenta. Ilustrando, o jurado de melhor nível intelectual esforçava-se a entender o significado de princípios constitucionais fundamentais, como a presunção de inocência ou o direito ao silêncio. Outro, mais limitado, com menor instrução, apresentava a tendência de levar em consideração de antecedentes do acusado, além de se filiar ao entendimento de que quem cala consente, desprezando, pois, o direito constitucional, que todos possuem, de não produzir prova contra si mesmo.”

Não somente Nucci, mas também Lopes (2021, p. 376) afirma que:

Argumenta--se, ainda, em torno da independência dos jurados. Grave equívoco. Os jurados estão muito mais suscetíveis a pressões e influências políticas, econômicas e, principalmente, midiática, na medida em que carecem das garantias orgânicas da magistratura

[...]

A falta de profissionalismo, de estrutura psicológica, aliados ao mais completo desconhecimento do processo e de processo, são graves inconvenientes do Tribunal do Júri. Não se trata de idolatrar o juiz togado, muito longe disso, senão de compreender a questão a partir de um mínimo de seriedade científica, imprescindível para o desempenho do ato de julgar.

Certamente, após o exposto, não é uma tese que deve ser proibida em plenário e sim

modificado o Conselho de Sentença a fim de que obtenham conhecimento para compreender o debate, os direitos da vítima e do acusado para proferir decisões de maneira mais justa.

Por outro enfoque, para a caracterização da legítima defesa é necessária uma repulsa a injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou de outrem, usando moderadamente os meios necessários. O tipo penal não especifica qual seria o direito violado. Dentre os direitos protegidos constitucionalmente está o direito a honra.

Sob esse prisma, Greco (2017 p. 487), afirma que há um elemento subjetivo para caracterização da legítima defesa:

A legítima defesa demanda um elemento de natureza subjetiva, pois, além da presença dos requisitos objetivos previstos na lei, é preciso que “saiba o agente que atua nessa condição, ou, pelo menos, acredita agir assim, pois, caso contrário, não se poderá cogitar de exclusão da ilicitude de sua conduta, permanecendo esta, ainda, contrária ao ordenamento jurídico

Nos dias atuais, principalmente em razão das mídias sociais com a exposição da vida na internet, a honra é um direito impactante, seja pela visibilidade positiva ou negativa, as pessoas utilizam-se de meios a fim de buscar a sua preservação seja de “ataques” através da mídia ou até de coisas do cotidiano que de alguma maneira sempre está presente nos grupos de aplicativos de mensagens.

Logo, as pessoas buscam sempre repelir algo que afetam sua honra através dos meios legais, seja pelo enquadramento dos crimes de calúnia, injúria ou difamação, seja pela utilização da legítima defesa. É o direito delas, garantido constitucionalmente.

Sob a perspectiva de Nucci, (2021) o Processo Penal constitui o amálgama do Direito Penal, pois permite a aplicação justa das normas sancionadoras. Fica atrelada e esta área do direito as resoluções de conflitos sociais que dependem dos direitos e garantias essenciais para que seja aplicada a punição mais equilibrada ao caso concreto seguindo as normas, princípios e pressupostos do Estado Democrático de Direito, levando sempre em consideração e valorizando a dignidade humana acima de tudo.

Portanto, é necessário respeitar os princípios basilares do ordenamento jurídico e no caso em questão, principalmente a plenitude da defesa, não se pode limitar o direito de defesa e suas estratégias em razão da ineficiência do Estado em criar mecanismos para coibir o feminicídio e a violência doméstica ou até de modificar a lei fazendo constar um Conselho de Sentença mais técnico aos juristas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não tem embasamento no ordenamento jurídico que sustente a proibição da invocação da tese da legítima defesa da honra em plenário do júri, pois a defesa plena é clausula pétrea e um direito assegurado pela Constituição Federal.

Primeiramente, cumpre enfatizar que o tipo penal em que está prevista a Legítima Defesa não especifica qual seria o direito afetado, sendo assim, o instituto é aplicável a todo e qualquer direito para repelir injusta agressão, atual ou iminente. Ou seja, aplicável também ao direito constitucional à proteção da honra que é um bem tutelado.

Ademais, a tese pode ser utilizada por toda e qualquer pessoa e não somente a homens, como fora colocada em pauta, o direito a honra é previsto a todas as pessoas e todos tem o direito de defende-lo.

A proibição injusta de utilização da tese fere o ordenamento jurídico e os princípios basilares constitucionais, principalmente o da plenitude da defesa, dessa forma torna-se inconstitucional, limitando não só a área de atuação da argumentação jurídica da defesa, mas também o direito do réu de ter uma defesa técnica com exatidão e justeza.

Não se pode proibir uma retórica jurídica argumentativa em um plenário onde a pauta é a liberdade do indivíduo. Ninguém deve ser privado dos seus direitos em razão da ineficiência do Estado em criar mecanismos para coibir o feminicídio e a violência doméstica. O Tribunal do Júri é uma arena de retóricas onde a mais tocante, mais convincente, persuasiva, entre outros atributos, sai vencedora, a absolvição de um júri não se deve à falha da defesa e sim à vitória da argumentação da defesa no jogo retórico.

Não incumbe ao Supremo Tribunal Federal proibir teses e sim regulamentar excessos para o bom e regular andamento do plenário. A atribuição de desconstruir a tese da defesa é do Ministério Público, com a intervenção do STF, como no presente caso, não há paridade de armas entre acusação e defesa, a acusação sempre estará um passo à frente. A legítima defesa da honra, por mais que busque uma absolvição no plenário, não tem esse como seu único intuito, ela vem para que haja um julgamento livre de excessos, onde se há a verdadeira plenitude de defesa, para que o réu use a seu favor

Ainda, cabe a todos respeitar a soberania do veredicto como princípio norteador primordial. Cumpre enfatizar que a forma de alinhar decisões justas aos veredictos não é por meio de proibições e sim de mudança legislativa a fim de que a composição dos jurados seja mais técnica.

A tese de legítima defesa da honra apresentada no tribunal do júri não visa a impunidade do agente, visa assegurar o direito constitucional de defesa seja com argumentos jurídicos e extrajurídicos. Não se defende a prática do crime, se defende a lei, qualquer premissa em contrário ocasiona insegurança jurídica, o que deve ser combatido veementemente em um país que a trinta e seis anos está livre da ditadura militar, período sofrível com as limitações estatais.

Diante do exposto, conclui-se pela inconstitucionalidade da proibição da invocação da tese da legítima defesa da honra por ferir, inevitavelmente, o princípio da plenitude de defesa, direito fundamental humano, o qual constitui cláusula pétrea.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, C. M. de; **Livro Das Ordenações Filipinas**. Tit. 37: Dos delitos cometidos aleivosamente. Livro 5, Tit. 38: Do que matou sua mulher, por a achar em adultério. [S. l.], 1818-1881. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733?show=full>. Acesso em: 11 nov. 2021

ASSIS, M. S. de M. de . Tese da Legítima Defesa da Honra nos Crimes Passionais. 2003. 39 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Pós – Graduação em Direito Público, Universidade Federal de Pernambuco/ UFPE, Centro de Ciências Jurídicas- FDR, Pernambuco, 2003. Disponível em: <http://www.liber.ufpe.br/teses/arquivo/20030917083920.pdf>. Acesso em 11 nov. 2021.

AURÉLIO, **DICIONÁRIO Online de Português**. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/aurelio-2/>. Acesso em: 12/11/2021.

ARSA, G. **Lei Das Doze Tábuas**, Tábua Segunda, 6, 450 a.C, Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>. Acesso em: 12 nov. 2021.

BRASIL. **Código Penal 1980**, Decreto de lei nº 6.895, de 17 de dezembro de 1980. Brasília, SP, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L6895.htm. Acesso em 11 nov. 2021

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal nº 1988**, de 05 de outubro de 1988. . Brasília, SP, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 nov. 2021.

FEITOZA, D. **Direito processual penal – Teoria, crítica e práxis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 450.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. Niterói: Editora Impetus. 19. ed., 2017. p. 487.

KRUEGER, R. T.; TESHEINER, J. M. R. **Teoria Geral Do Processo**. 6. ed. São Paulo:

Nucleus, Edição Especial: Direito – 20 Anos.

Saraiva, 2021. p. 37. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555594744/>. Acesso em: 12 nov. 2021

LOPES JUNIOR, A.C.L. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590005/>. Acesso em: 12 nov. 2021.

LOPES JUNIOR, A.C.L. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p.12. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590005/>. Acesso em: 12 nov. 2021

LOPES JUNIOR, A. C. L. **Direito Processual Penal**. p.376. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 376. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590005/>. Acesso em: 12 nov. 2021

Medida Cautelar Na Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental 779

Distrito Federal, Supremo Tribunal Federal, 2021, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/adpf-779.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2021.

MORAES, A. de, **Direito Constitucional**. 37. ed. – São Paulo : Atlas, 2021. , p. 49 e 155. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027648/>. Acesso em: 11 nov. 2021.

MORAES, M.S.; BORGES, F.L.S.; Tribunal Do Júri: **Visão Crítica Acerca Da Ausência De Conhecimento Técnico Dos Jurados**, Anais eletrônicos, Disponível em: <https://www.unirv.edu.br/conteudos/fckfiles/files/Mari%C3%A2ngela%20da%20Silva%20Moraes.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2021.

NUCCI, G. de S. **Júri: princípios constitucionais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 140-141

NUCCI, G. de S. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 36-38. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640119/>. Acesso em: 11 nov. 2021.

NUCCI, G. de S. **Tribunal do Júri**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUNES, R.. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana : doutrina e jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 60. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553604494/>. Acesso em: 11 nov. 2021).

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 12 nov. 2021

PACELLI, E. **Curso de Processo Penal**. Grupo GEN, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026962/>. Acesso em: 12 nov. 2021.

RAMOS, M.D. Reflexões sobre o processo histórico-discursivo do uso da legítima defesa da honra no Brasil e a construção das mulheres. **Revista Estudos Feministas** [online]. 2012, v. 20, n. 1, pp. 53-73. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2012000100004>. Epub 25 abr 2012. ISSN 1806-9584. <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2012000100004>. Acesso em 11 nov. 2021.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa Da Violência 2015, Homicídio De Mulheres No Brasil**. Brasília-DF., Flasco Brasil, 2015. p 70. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf. Acesso em: 02 dez. 2021

RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE PRODUTORES RURAIS: EVOLUÇÃO E MUDANÇAS IMPLEMENTADAS PELA LEI N. 14.112/2020

DUARTE, Júlia Garcia da Silva¹

SILVA, Robert Diego Souza²

ISSUE DOI: 10.3738/1982.2278.4253

RESUMO: O propósito deste estudo é examinar as alterações promovidas pela Lei nº 14.112/2020 nas regras de recuperação judicial, com ênfase em sua aplicabilidade ao produtor rural pessoa física, bem como as consequências já ocorridas após a vigência do Dispositivo. Para atingir esse objetivo, foram definidos os seguintes objetivos específicos: analisar a construção jurisprudencial e doutrinária acerca da legitimidade do produtor para se submeter ao procedimento de recuperação; revisão das próprias normas de recuperação judicial no Brasil; identificar os requisitos que elencados pela inovação legislativa para que o produtor rural pessoa física possa ingressar com um pedido de recuperação judicial; e avaliar se as novas disposições legais ocasionaram algum impacto recente. Para isso, foi adotada a metodologia de revisão bibliográfica crítica de legislações aplicáveis, doutrinas jurídicas e decisões dos Tribunais nacionais. Os resultados indicam que a Lei nº 14.112/2020 proporcionou maior segurança jurídica aos produtores rurais ao regularizar a posição dessa categoria, já prometeram relevante impacto nos anos seguintes à sua publicação, consoante verifica de levantamentos realizados pela Serasa Experian. Conclui-se que as reformas ocasionada pela Lei nº 14.112/2020 consolidaram e forma exitosa o entendimento majoritário da jurisprudência e da doutrina majoritária, atraindo diversos produtores em situação de crise econômica à esfera judicial.

Palavras-chave: Recuperação judicial. Lei nº 14.112/2020. Produtor rural. Consequências.

JUDICIAL RECOVERY OF RURAL PRODUCERS: EVOLUTION AND CHANGES IMPLEMENTED BY LAW NO. 14,112/2020

SUMMARY: The purpose of this study is to examine the changes introduced by Law No. 14,112/2020 to the rules of judicial recovery, with an emphasis on its applicability to individual rural producers, as well as the consequences that have already occurred since the enactment of the provision. To achieve this objective, the following specific goals were established: to analyze the jurisprudential and doctrinal development regarding the legitimacy of rural producers to submit to the recovery procedure; to review the judicial recovery regulations in Brazil; to identify the requirements listed by the legislative innovation for individual rural producers to file for judicial recovery; and to assess whether the new legal provisions have had any recent impact. To this end, a critical bibliographic review methodology was adopted, covering applicable legislation, legal doctrines, and decisions from national courts. The results indicate that Law No. 14,112/2020 has provided greater legal certainty to rural producers by formalizing their status, and it has promised significant impact in the years following its publication, as confirmed by surveys conducted by Serasa Experian. It is concluded that the reforms brought by Law No. 14,112/2020 have successfully consolidated the prevailing understanding in case law and legal doctrine, attracting several rural producers in economic distress to seek judicial recovery.

Keywords: Judicial recovery. Law No. 14,112/2020. Rural producer. Consequences.

¹ Mestre em planejamento e análise de políticas Públicas pela Universidade Júlio de Mesquita Filho – UNESP/SP. Docente na Faculdade Dr. Francisco Maeda – FAFRAM/SP desde 2022. Advogada.

² Discente no curso de direito na Faculdade Dr. Francisco Maeda – FAFRAM/SP

1 INTRODUÇÃO

O instituto da recuperação judicial encontra-se regulamentada pela Lei nº 11.101/2005, tratando-se, em resumo, de um aparato utilizado pelas empresas em grau elevado de endividamento para evitar a falência e superar a situação de crise econômica. O principal intento da recuperação é privilegiar o princípio da preservação da empresa, para que esta possa cumprir devidamente sua função social, como geração vínculos trabalhistas e a movimentação na economia nacional.

Com a promulgação da Lei nº 14.112/2020 foram implementadas diversas alterações na Lei nº 11.101/2005, dentre várias, destacam-se as modificações significativas no regime jurídico conferido ao produtor rural. Em especial, foram modificados os requisitos de legitimação para o produtor rural pessoa física, o que acarretou um aumento significativo nos pedidos de recuperação deste setor.

O presente estudo se mostra relevante sobretudo pelo impacto notório que a inovação legislativa trouxe à esfera do produtor rural pessoa física, o qual, até a promulgação da Lei nº 14.112/2020, somente poderia utilizar do instituto da insolvência civil para recuperação de eventual crise.

Assim, este trabalho tem como objetivo investigar essas mudanças e as oportunidades de reestruturação que o produtor rural brasileiro pode explorar dentro do modelo atual de recuperação judicial voltado para esse agente econômico, além de analisar as transformações já constatadas desde a vigência da nova Lei.

Nesse sentido, o presente trabalho foi elaborado mediante revisão bibliográfica crítica, por meio de doutrinas jurídicas, artigos científicos, pesquisas no âmbito recuperacional e falimentar, análise jurisprudencial e da legislação pertinente.

2 EVOLUÇÃO DO DEBATE ACERCA DA SUBMISSÃO DO PRODUTOR RURAL PESSOA FÍSICA AO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O agronegócio, ao atuar dentro da economia de mercado, está sujeito a enfrentar as variadas crises cíclicas da produção rural. A recuperação judicial é o mecanismo legal destinado a superar a crise deste tipo de empreendedor e pode ser uma possível solução para lidar com as crises no setor agrícola.

Entre os anos de 2016 e 2018, a recessão econômica brasileira impactou de forma significativa o agronegócio, resultando em recordes nos indicadores econômicos elaboradas

pela Serasa Experian relativos aos pedidos de recuperação judicial desde a implementação do atual regime de insolvência.

O ano de 2016, em particular, se destacou pelo volume expressivo desses pedidos, evidenciando os efeitos profundos da crise no setor. Naquele ano, o elevado número de pedidos de recuperação judicial por parte dos produtores rurais impactou o mercado de crédito e chamou a atenção dos operadores do direito para a possibilidade de o produtor rural, pessoa física, ter acesso ao instituto da recuperação judicial (Leirião Filho, 2023).

Antes da promulgação da Lei nº 14.112/2020, o produtor rural, em regra, estaria sujeito ao instituto da insolvência civil, previsto no art. 955 e seguintes do Código Civil. Diferente da R. E., a medida não configura um mecanismo específico de reestruturação, mas apenas um procedimento concursal voltado à liquidação dos bens do devedor cujo ativos sejam menores que seus passivos (Silveira, 2021).

Em resumo, o sistema de insolvência civil serve para ajustar as expectativas de recebimento do crédito, buscando uma recuperação mais rápida e eficiente para os credores. Para o devedor, por outro lado, é um meio de enfrentar momentos de crise, proteger seu patrimônio e, em alguns casos, obter algum desconto em suas dívidas.

Isso porque a submissão à insolvência empresarial pressupõe que o devedor seja empresário ou sociedade empresarial, conforme dispõe o art. 1º da Lei de Falência e Recuperação Judicial (nº 11.101/2005). E além dessa condição, o devedor, na forma do art. 48 da Lei falencial ainda é encarregado de demonstrar os seguintes requisitos:

Art. 48 Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

III – não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei (Brasil, Cap. III, 2005).

Pela análise do dispositivo, o exercício regular das atividades empresariais deve ter período mínimo de dois anos. Ou seja, a solução mais breve para a problemática seria apenas que os produtores rurais se registrassem, desde sempre, como pessoas jurídicas. mas por que não o fazem?

Pois bem. Segundo a perspectiva de Zylbersztajn, Neves e Coleman (2015), o aumento nos mercados de commodities e a valorização dos ativos rurais, principalmente a terra, tornam essencial o desenvolvimento de modelos de negócios mais bem organizados e estruturados. Para eles, “as necessidades de capital extrapolam a possibilidade de investidores individuais, levando à criação de corporações de capital, com a inclusão de grupos de investidores, fundos de investimento ou mercado de ações como fontes de recursos.”

No entanto, conquanto o cenário tenha gradualmente se alterado nos últimos anos, ainda há evidente avulsão do produtor rural quanto às formalidades exigidas para regular profissionalização da atividade. Segundo leciona o Mestre José Afonso Leirião Filho, diversos são os motivos que justificam essa opção dos produtores, com maior enfoque ao costume familiar:

Uma série de fatores, no entanto, pode ser explorada para explicar a ausência, até os dias atuais, da recorrência dessa organização exigida pela profissionalização da atividade de produção rural. Além de sua organização historicamente familiar, a opção por se organizar e os benefícios fiscais já mencionados são motivadores claros, a despeito das dificuldades e até eventuais “armadilhas” que a ausência de ferramentas elementares de gestão empresarial podem acarretar à saúde financeira desses produtores rurais, conforme referendado por pesquisa de Ortiz et al, que comprovou o ajuizamento muitas vezes açodado de recuperações judiciais por grandes produtores rurais (Leirião Filho, 2023, p. 68).

Logo, os produtores, por fatores culturais e costumeiros, acabam por optar em seguir em cenário de irregularidade, condição que, ao menos na seara recuperacional, os tem prejudicado consideravelmente ao longo dos anos, tendo em vista a restrição implementada pela Lei de Recuperação Judicial, produzindo efeitos apenas perante os empresários e sociedades empresárias regularmente constituídos.

Na jurisprudência, por outro lado, antes da promulgação da Lei 14.112/2021 já havia estabelecido alguns critérios para privilegiar o produtor rural pessoa física e possibilitar sua submissão ao regime recuperacional.

O superior Tribunal de Justiça, ao menos desde 2013, vem sedimentando um entendimento robusto sobre a aplicação da LRF ao produtor agrícola, como podemos verificar do julgamento do Recurso Especial nº 1.193.115/MT, realizado em 20 de agosto de 2013, de relatoria inicial da Ministra Nancy Andrighi. Vejamos a ementa:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPROVAÇÃO DA CONDIÇÃO DE EMPRESÁRIO POR MAIS DE 2 ANOS. NECESSIDADE DE JUNTADA DE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DE REGISTRO COMERCIAL. DOCUMENTO SUBSTANCIAL. INSUFICIÊNCIA DA INVOCAÇÃO DE

EXERCÍCIO PROFISSIONAL. INSUFICIÊNCIA DE REGISTRO REALIZADO 55 DIAS APÓS O AJUIZAMENTO. POSSIBILIDADE OU NÃO DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESÁRIO RURAL NÃO ENFRENTADA NO JULGAMENTO. 1.- O deferimento da recuperação judicial pressupõe a comprovação documental da qualidade de empresário, mediante a juntada com a petição inicial, ou em prazo concedido nos termos do CPC 284, de certidão de inscrição na Junta Comercial, realizada antes do ingresso do pedido em Juízo, comprovando o exercício das atividades por mais de dois anos, inadmissível a inscrição posterior ao ajuizamento. Não enfrentada, no julgamento, questão relativa às condições de admissibilidade ou não de pedido de recuperação judicial rural. 2.- Recurso Especial improvido quanto ao pleito de recuperação (Brasil, 2013).

A decisão, estabelecida por maioria de votos, determinou que o produtor rural não registrado na junta comercial não pode ter o pedido de recuperação judicial deferido. Em seu voto, o Relator do Acórdão ressaltou que a recuperação judicial é um instituto reservado exclusivamente a devedores que exerçam regularmente a atividade empresarial por mais de dois anos, concluindo que “De qualquer forma, a inscrição no registro de comércio exige-se, necessariamente, antes do ajuizamento do pedido de recuperação judicial, não havendo como suprir-se pela inscrição posterior” (Brasil, 2013, p. 23).

Por meio deste aresto, a Corte Cidadã adotou um posicionamento claro sobre a inaplicabilidade da Lei de Recuperação e Falências (LRF) ao produtor rural não registrado, uma vez que, sem o registro, o produtor não pode ser considerado empresário, ficando fora do escopo desse mecanismo de enfrentamento de crise empresarial. O acórdão, contudo, não foi suficiente para resolver a temática.

Assim, é importante enfatizar ainda o julgamento do Recurso Especial nº 1.800.032/MT, originalmente relatado pelo Ministro Marco Buzzi, mas conduzido pelo voto divergente vencedor do Ministro Raul Araújo. Neste caso, o produtor havia se registrado na junta comercial do estado do Mato Grosso, tornando-se empresário antes de solicitar a recuperação judicial, buscando se enquadrar-se na LRF. Ocorre que o registro foi efetivado dias antes do protocolo do pedido de recuperação judicial.

Desse modo, embora o produtor rural tivesse adquirido a natureza jurídica de empresário, sua atividade empresarial regular era inferior aos dois anos exigidos pelo art. 48 da Lei de Recuperação Judicial, razão pela qual a discussão se concentrou na interpretação do *caput* do dispositivo.

O entendimento que prevaleceu foi aquele apontado pelo Ministro Raul Araújo em seu voto. Segundo o Relator, o produtor rural pode exercer sua atividade de forma regular mesmo antes de se registrar como empresário na junta comercial, destacando que o registro é opcional para esse tipo de atividade econômica, afirmando que o produtor rural que “exerce atividade de

produção de bens agrícolas, esteja inscrito ou não, estará em situação regular, justamente porque poderia se inscrever ou não” (Brasil, 2019, p. 7).

Em seguida, acrescenta que a partir do momento em que o produtor rural decide se registrar, ele passa a se submeter ao regime empresarial, e os efeitos desse registro são retroativos. Nesse sentido, para o relator, o prazo de regularidade de dois anos não está relacionado ao tempo de registro, mas sim ao tempo de exercício da atividade rural. Segue a ementa do casuístico:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E EMPRESARIAL. EMPRESÁRIO RURAL E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. REGULARIDADE DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE RURAL ANTERIOR AO REGISTRO DO EMPREENDEDOR (CÓDIGO CIVIL, ARTS. 966, 967, 968, 970 E 971). EFEITOS EX TUNC DA INSCRIÇÃO DO PRODUTOR RURAL. PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL (LEI 11.101/2005, ART. 48). CÔMPUTO DO PERÍODO DE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE RURAL ANTERIOR AO REGISTRO. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. O produtor rural, por não ser empresário sujeito a registro, está em situação regular, mesmo ao exercer atividade econômica agrícola antes de sua inscrição, por ser esta para ele facultativa (Brasil, 2019).

Observa-se, ainda antes da promulgação da Lei nº 14.112/2020, uma tendência nos Tribunais de permitir que o registro do produtor rural na junta comercial coincida com o momento do pedido de recuperação judicial, de modo que o requisito dos 2 anos de atividade regular não seja flexibilizado, mas passa a ser interpretado de maneira mais ampla e sistemática. Assim, para que o pedido de recuperação seja aceito, o produtor rural em dificuldade, desde que devidamente registrado, deve comprovar que exerce sua atividade rural de forma organizada e profissional por mais de 2 anos, sem que haja uma ligação rígida entre o registro na junta comercial e a comprovação de sua regularidade.

3 MUDANÇAS PROMOVIDAS PELAS LEI Nº 14.112/2020 E SUAS CONSEQUÊNCIAS

O acesso ao regime de recuperação judicial exige o cumprimento de certos requisitos, especialmente os previstos no art. 48 da LRF, com destaque à exigência de que o devedor tenha exercido regularmente a atividade empresarial por, no mínimo, dois anos. Esse período mínimo de atuação regular é considerado suficiente para justificar o acesso aos benefícios da recuperação judicial, levando em conta os impactos que esse processo pode gerar, inclusive para a sociedade em geral.

Em relação ao produtor rural, conforme analisado, a jurisprudência evoluiu para permitir a admissão do pedido de recuperação judicial por parte do produtor rural pessoa física, sem exigir que o período de dois anos seja contado a partir de seu registro formal como empresário na Junta Comercial. Essa interpretação favorece o reconhecimento do tempo de atividade rural anterior ao registro, desde que o produtor comprove a prática regular e organizada de sua atividade por mais de dois anos.

A reforma legislativa trouxe uma previsão clara sobre a possibilidade de o produtor rural solicitar a recuperação judicial, a partir da nova redação conferida ao §2º do art. 48 e pela inclusão do §3º no mesmo artigo. A nova redação sana qualquer dúvida sobre a possibilidade do produtor em se submeter ao regime de recuperação judicial bem como sobre as questões referentes à sua inscrição na junta comercial. Vejamos à íntegra:

§ 2º No caso de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no caput deste artigo por meio da Escrituração Contábil Fiscal (ECF), ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venha a substituir a ECF, entregue tempestivamente. (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020).

§ 3º Para a comprovação do prazo estabelecido no caput deste artigo, o cálculo do período de exercício de atividade rural por pessoa física é feito com base no Livro Caixa Digital do Produtor Rural (LCDPR), ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venha a substituir o LCDPR, e pela Declaração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (DIRPF) e balanço patrimonial, todos entregues tempestivamente. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Brasil, Cap. III, 2020).

Como se vê, a reforma ratificou a evolução jurisprudencial e doutrinária construída ao longo dos anos. E além das mudanças já mencionadas, a reforma reforça que a recuperação judicial é um instrumento para superar crises enfrentadas pelo produtor rural e inclui outras disposições específicas para esses agentes econômicos. Entre essas novas previsões, destaca-se a disposição de créditos que não estão sujeitos à recuperação judicial, conforme instituídos nos §§ 6º a 9º do art. 49:

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

§ 6º Nas hipóteses de que tratam os §§ 2º e 3º do art. 48 desta Lei, somente estarão sujeitos à recuperação judicial os créditos que decorram exclusivamente da atividade rural e estejam discriminados nos documentos a que se referem os citados parágrafos, ainda que não vencidos. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

§ 7º Não se sujeitarão aos efeitos da recuperação judicial os recursos controlados e abrangidos nos termos dos arts. 14 e 21 da Lei nº 4.829, de 5 de novembro de 1965. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

§ 8º Estarão sujeitos à recuperação judicial os recursos de que trata o § 7º deste artigo que não tenham sido objeto de renegociação entre o devedor e a instituição financeira antes do pedido de recuperação judicial, na forma de ato do Poder Executivo. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

§ 9º Não se enquadrará nos créditos referidos no caput deste artigo aquele relativo à dívida constituída nos 3 (três) últimos anos anteriores ao pedido de recuperação judicial, que tenha sido contraída com a finalidade de aquisição de propriedades rurais, bem como as respectivas garantias. (grifou-se) (Brasil, Cap. III, 2005/2020).

Em relação ao produtor rural pessoa física, é estabelecido que apenas os créditos pessoais que estão diretamente relacionados com a atividade de produção agrícola ou pecuária estão sujeitos ao procedimento de recuperação judicial. Isso limita o escopo dos créditos incluídos no processo, focando naqueles que são essencialmente vinculados à atividade rural do devedor e, segundo leciona o professor Fábio Coelho, ocasionará uma segmentação no patrimônio do produtor rural.

No entanto, uma análise da letra fria da lei revela uma clara distinção patrimonial: em um polo se encontram os créditos que sujeitos ao procedimento de recuperação judicial, como aqueles relacionados ao financiamento da produção, compra de insumos, aquisição de maquinário e ferramentas, entre outros; e do outro lado, encontram-se os créditos vinculados à vida pessoal do produtor rural, não abrangidos pelo processo de recuperação judicial e, assim, poderão ser executados normalmente pelos credores (Scamarone, 2022).

Também estão excluídos da recuperação judicial os créditos oriundos de dívidas cujo objetivo seja a aquisição de propriedade rural, uma vez que essas dívidas tenham sido contraídas até 3 (três) anos antes do pedido de recuperação, como se interpreta do texto previsto no §9º do art. 49.

Em razão da obscuridade da Legislação quanto aos créditos que serão submetidos à recuperação judicial, mister se faz a utilização da interpretação de Fábio Ulhoa Coelho, que aponta os seguintes créditos incluídos no procedimento recuperacional: “(i) o crédito rural institucionalizado que nunca tiver sido renegociado; e (ii) o concedido na modalidade “livre” (ou “não direcionado”)” (Coelho, 2021).

Além dessas disposições, convém destacar que a Lei 14.112/2020 introduziu uma previsão específica na normativa de recuperação judicial, permitindo que o pequeno produtor rural pessoa física possa agora se submeter a um procedimento especial de recuperação judicial, a partir da nova redação positivada no art. 70-A:

Art. 70-A. O produtor rural de que trata o § 3º do art. 48 desta Lei poderá apresentar plano especial de recuperação judicial, nos termos desta Seção, desde que o valor da causa não exceda a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais). (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Brasil, Cap. III, 2020).

O devedor que se enquadrar no cenário descrito pelo dispositivo poderá adotar plano especial de recuperação judicial, quando não será convocada assembleia geral de credores para deliberar sobre o plano (vide redação do art. 72 da mesma Lei).

Por fim, é necessário salientar que a questão referente à documentação exigida para o produtor rural permanece controversa. Já existem decisões de tribunais estaduais que flexibilizaram os novos requisitos legais, permitindo o processamento da recuperação judicial de produtores rurais pessoas físicas, mesmo quando a relação documental prevista na Lei 14.112/2020 não foi completamente apresentada, como se observa do acórdão prolatado pela Corte Mineira, na ocasião de julgamento do agravo de instrumento nº 2370167-63.2021.8.13.0000:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - GRUPO ECONÔMICO - PRODUTORES RURAIS - ILEGITIMIDADE ATIVA - REGISTRO - COMPROVAÇÃO DO PRAZO DE DOIS ANOS - EXERCÍCIO DA ATIVIDADE RURAL ANTES DA FORMALIZAÇÃO DO REGISTRO - CÔMPUTO PARA O PRAZO EXIGIDO PELA LEI - ART. 48, LEI 11.101/05 - APRESENTAÇÃO DOCUMENTOS INCOMPLETA - [...] Com as alterações trazidas pela Lei nº 14.112/2020 não pairam dúvidas acerca da legitimidade do produtor rural, seja pessoa física ou jurídica, em postular a sua recuperação judicial, sendo certo de que a atividade rural, como qualquer outra atividade econômica, também está sujeita à crise econômica financeira. - O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento segundo o qual o empresário rural pode computar o período anterior à formalização do registro na Junta Comercial, para comprovação do prazo de dois anos do exercício da atividade contido no caput do art. 48, da Lei 11.101/05. - Não constitui óbice ao deferimento do processamento da recuperação judicial a carência da documentação exigida pela Lei 11.101/05, a ser posteriormente apresentada pelo recuperando, sobretudo quando existe parecer técnico atestando que os requisitos legais foram cumpridos. - Recurso não provido (Minas Gerais, 2022).

As alterações legislativas, apesar de inicialmente indicarem um rigor formal maior por parte do legislador para o acesso dos produtores rurais à recuperação judicial, que antes podiam comprovar o exercício da atividade de forma genérica, oferecem uma oportunidade para que esses produtores se adaptem a padrões mínimos de organização e governança empresarial (Leirião Filho, 2023).

Essas exigências não apenas facilitam o acesso ao regime de insolvência, mas também podem melhorar suas ferramentas de gestão, ampliando o acesso a fontes privadas de financiamento, como o mercado de capitais.

4 POSSÍVEIS OBSTÁCULOS E IMPACTOS CONCRETOS DAS ALTERAÇÕES

Algumas das alterações promovidas pela Lei nº 14.112/2021, conquanto eivadas da mais nobre intenção do legislador, tem potencial de serem utilizadas de forma fraudulenta pelos devedores de má-fé. Tem-se de exemplo a gestão contábil que será realizada pelo próprio produtor rural, com bem ensina Leirião Filho (2023, p. 92):

Sob outra ótica, mais preocupante, pode-se refletir que – na contramão da afirmada intenção de fomento à segurança jurídica quanto à reestruturação do produtor rural – a norma pode ter o efeito indesejado (imagina-se que também não medido de forma adequada ou sequer vislumbrado pelo legislador) de propiciar comportamentos oportunistas e estratégicos, dado que os próprios devedores são os responsáveis pela manutenção de sua escrituração, sendo possível que deliberadamente escolham não contabilizar determinados créditos. comportamento que por óbvio não é almejado pelo legislador, que certamente não presumiu a eventual má-fé do produtor rural na gestão contábil de suas receitas e despesas.

Além disso, as dívidas particulares não sujeitas podem ocasionar possíveis entraves à reestruturação do produtor rural, visto que não há segregação patrimonial do empresário individual no ordenamento jurídico brasileiro, o que tende a imputar dificuldades à solução coletiva e falta de transparência nos casos em que o devedor mantenha passivos em valores relevantes perante credores particulares, os quais poderão ingressar com medidas particulares concomitante à recuperação judicial.

Na sequência das alterações, o §9º eliminou da recuperação judicial os créditos e as respectivas garantias relativos à dívida constituída nos três últimos anos anteriores ao requerimento, desde que tenha sido contraída com a finalidade de aquisição de propriedades rurais. Tal escolha legislativa foi severamente questionada pelos doutrinadores, como explica Leirião Filho (2023, p.95):

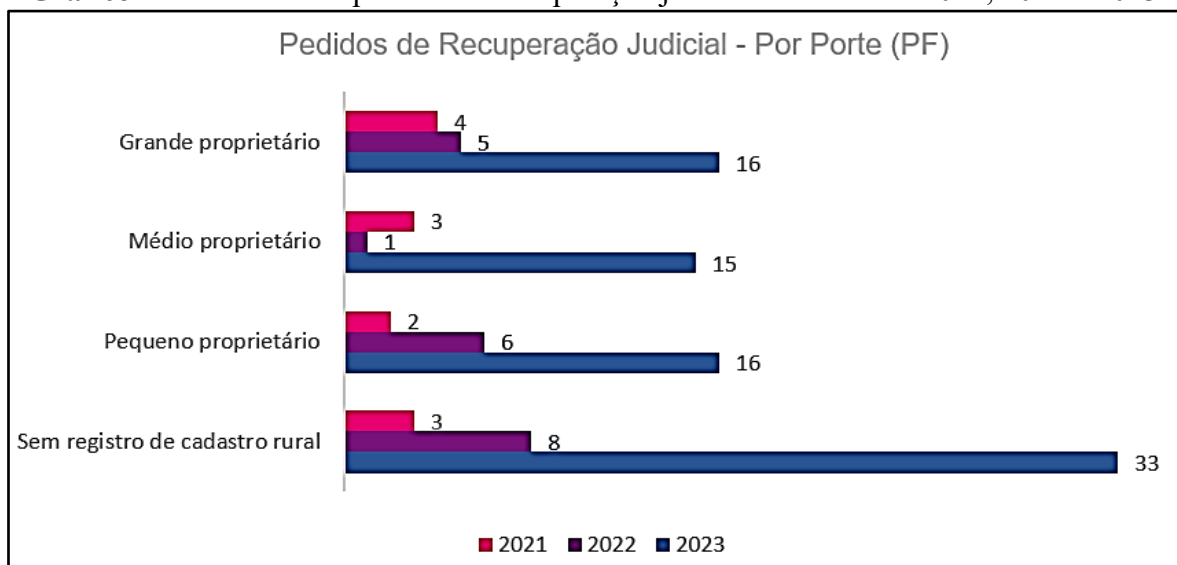
Trata-se de previsão também questionada pela doutrina, tanto quanto ao desconhecido motivo da eleição do prazo trienal, quanto ao plausível efeito perante o apetite bancário no fornecimento de linhas de crédito específicas aos produtores rurais. Outra observação reside no risco que o próprio credor possui de ver o imóvel rural dado em garantia ao crédito de sua titularidade alienado por força de previsão de plano de recuperação judicial, via Unidade Produtiva Isolada, e.g., além do já ventilado impacto à forma coletiva de solução da crise econômico-financeira, restando indicada uma interpretação restritiva da norma nesse ponto.

Contudo, mesmo diante das obstruções apontadas, certo é que desde a promulgação da Lei 14.112/2020 os pedidos de recuperação judicial por produtores rurais têm aumentado gradualmente, como demonstra a pesquisa apurada pela Serasa Experian, em de 2023. De

acordo com a entidade, “proprietários rurais que atuam como pessoas físicas acumularam 80 solicitações de recuperação judicial entre janeiro e setembro de 2023”. Segundo o levantamento, o aumento de requerimentos judicial, em comparação com o de 2022 foi de 300% (trezentos por cento), ressaltando que período de avaliação do ano de 2023 tem término em setembro.

Segue a tabela comparativa entre os pedidos de recuperação judicial por produtores rurais, na qualidade de pessoa física, nos anos de 2021, 2022 e 2023:

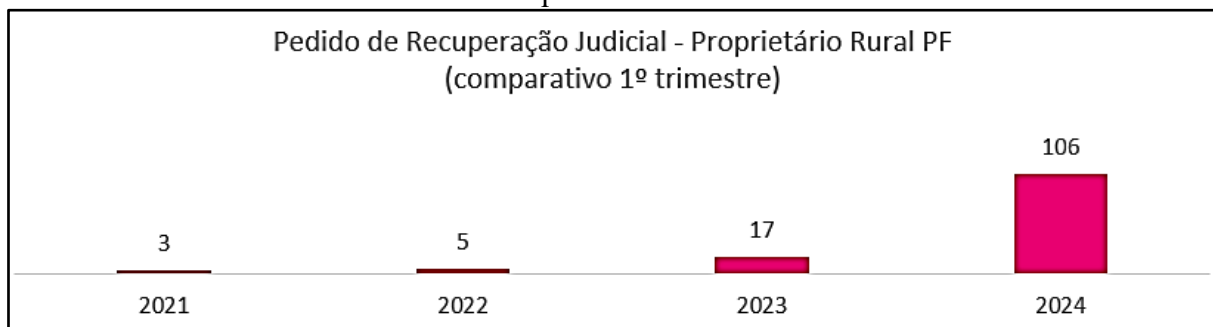
Gráfico 1 - Indicador de pedidos de recuperação judicial nos anos de 2021, 2022 e 2023.



Fonte: Serasa Experian (2023).

Como bem se observa, a procura pelo procedimento recuperacional aumentou consideravelmente, em especial após as alterações efetivadas pela Lei nº 12.112/2020. Em 2024, a estimativa é de que haja superação do recorde anterior, tendo em vista que os dados colhidos inerentes ao primeiro trimestre do ano demonstram 106 requisições, como se observa do levantamento mais recente elaborado pela mesma entidade pesquisadora:

Gráfico 2 - Pedidos de recuperação judicial de produtores rurais no 1º trimestre dos últimos quatro anos.



Fonte: Serasa Experian (2023).

Os dados analisados neste estudo apesar de evidenciam a maior adoção à recuperação pelos produtores, não denotam necessariamente uma crise no setor, como enfatiza o head de agronegócio da Serasa Experian, Marcelo Pimenta:

O número de pedidos é baixo e a maior parte dos proprietários rurais continuam atuando normalmente. Ainda assim, para os que precisam recuperar a estabilidade financeira, a renegociação de dívidas ou soluções como o Fiagro Reorg são formas mais amigáveis de retomar a saúde dos negócios. Além disso, movimentos preventivos como o planejamento financeiro para demandantes e o monitoramento de perfil de crédito para credores podem premeditar e evitar a busca pelo recurso (Serasa Experian, 2024).

Sendo assim, é verossímil afirmar que a promulgação da Lei nº 14.112/2020, a partir da inovação legislativa, tem atraído mais produtores rurais para esfera judicial para pleitear pelo procedimento de reestruturação.

5 CONCLUSÃO

Ao longo dos anos, especificamente a partir da última década, houve uma evidente evolução jurisprudencial e doutrinária a respeito da legitimidade do produtor rural pessoa física em se submeter ao procedimento da recuperação judicial. A jurisprudência foi pioneira em apontar em sentido positivo, desde que o produtor estivesse devidamente registrado na junta comercial. Tal inovação formalmente positivada na reforma promovida pela Lei 14.112/2020, que alterou a legislação falimentar e de recuperação.

Ao modificar o §2º e introduzir o §3º ao artigo 48 da Lei 11.101/2005, a reforma, embora de maneira discreta, consolida a possibilidade de o produtor rural enfrentar e reestruturar sua crise econômico-financeira por meio da recuperação judicial. Essas alterações consagram o entendimento jurisprudencial sobre o prazo mínimo de exercício da atividade agrícola exigido

para o pedido de recuperação, dispensando o registro regular na junta comercial por mais de dois anos para iniciar o procedimento, sendo necessário apenas comprovar o exercício efetivo da atividade agrícola ou pecuária por meio de documentos contábeis, como a Escrituração Contábil Fiscal (ECF) ou o Livro Caixa Digital do Produtor Rural (LCDPR).

Outrossim, a reforma instituiu novas regras em relação aos créditos do produtor rural que não se submetem à Lei de Recuperação a exemplo dos créditos rurais direcionados, dívidas relacionadas à aquisição de propriedade rural e os créditos de natureza particular do produtor. Outra inovação é a inclusão da possibilidade de o produtor rural individual utilizar o plano especial de recuperação, anteriormente restrito às microempresas e empresas de pequeno porte.

As novas normativas, embora tenham certo potencial de serem utilizadas como ferramentas fraudulentas pelos devedores de má-fé, na verdade têm atraído cada vez mais produtores rurais que passam por situações de crise econômico-financeira. As pesquisas da Serasa Experian demonstraram um aumento estrondoso de pedidos de recuperação judicial por produtores rurais pessoas físicas, evidenciando o grande impacto das alterações efetivadas pela Lei nº 14.112/2020 à Lei de Recuperação e Falências.

Conclui-se, desse modo, que após longa discussão jurisprudencial e doutrinária, as conquistas da classe produtora rural foram finalmente instituídas pelo ordenamento jurídico brasileiro, com extrema tipicidade quanto aos requisitos necessários para o ingresso e os créditos sujeitos ao procedimento. Os poucos anos de vigência da nova regulamentação já provocou grandes impactos no setor e, caso a estimativa atual se mantenha nos próximos períodos, a adoção da recuperação judicial pelos produtores pessoa física provavelmente será ainda mais significativa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a recuperação 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/111101.htm. Acesso em 14 set. 2024.

BRASIL. Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020. Altera a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a 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: 14 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial nº 1.193.115/MT**. Recuperação judicial. Comprovação da condição de empresário por mais de 2 anos.

Necessidade de juntada de documento comprobatório de registro comercial [...]. Recorrentes: Orcival Gouveia Guimarães e Outros. Recorrido: Adhemar José Rigo - Espólio. Relatora: Min. Nancy Andrigli, Brasília, 20 de agosto 2013. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=201000837244. Acesso em 14 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial nº 1.800.032/MT**. Recurso especial. Civil e empresarial. Empresário rural e recuperação judicial. Regularidade do exercício da atividade rural anterior ao registro do empreendedor [...]. Recorrentes: Jose Pupin Agropecuária e Outra. Recorrido: Banco do Brasil S/A. Relator: Min. Marco Buzzi, Brasília, 5 de novembro de 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=201900504985. Acesso em 14 set. 2024.

COELHO, F. U. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

LEIRIÃO FILHO, J. A. **Recuperação Judicial do Produtor Rural: Potenciais Impactos das Alterações pela Lei Nº 14.112/2020**. Orientador: Dr. Marcelo Barbosa Sacramone. 2023. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (21ª Câmara Especializada). **Agravo de Instrumento nº 2370167-63.2021.8.13.0000**. Recuperação judicial - grupo econômico - produtores rurais - ilegitimidade ativa - registro - comprovação do prazo de dois anos [...]. Agravante: Laad Americas Nv. Agravados: Fernando Martins Lohmann e Outros. Relator: Des. Adriano de Mesquita Carmeiro, Minas Gerais, 23 de novembro de 2022. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=2&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&numeroUnico=2370167-63.2021.8.13.0000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>. Acesso em 14 set. 2024.

NEGRÃO, R. **Curso de Direito Comercial e de Empresa**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SACRAMONE, M. B. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 5. ed. São Paulo: Saraivajus, 2024.

SERASA EXPERIAN. **Produtores rurais que atuam como pessoas físicas acumularam 80 pedidos de recuperação judicial até o 3º trimestre de 2023, mostra Serasa Experian**. 2024. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/sala-de-imprensa/agronegocios/produtores-rurais-que-atuam-como-pessoas-fisicas-acumularam-80-pedidos-de-recuperacao-judicial-ate-o-3o-trimestre-de-2023-mostra-serasa-experian>. Acesso em: 14 set. 2024.

SERASA EXPERIAN. **Recuperação Judicial: Proprietários Rurais Pessoa Física Registraram 106 Pedidos No Primeiro Trimestre De 2024, Mostra Serasa Experian**. 2024. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/sala-de-imprensa/agronegocios/recuperacao-judicial-proprietarios-rurais-pessoa-fisica-registraram-106-pedidos-no-primeiro-trimestre-de-2024-mostra-serasa-experian>. Acesso em: 14 set. 2024.

SILVEIRA, M. M. A. da. Recuperação Judicial do Produtor Rural: A Evolução Jurisprudencial e Doutrinária e sua Consolidação pela Reforma da Lei 11.101/2005. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, n. 05, p. 1701-1738, 2021.

ZYLBERSZTAJN, D.; NEVES, M. F.; CALEMAN, S. M. de Q. **Gestão de sistemas de agronegócios**. São Paulo: Atlas, 2015.

VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL CONTRA A MULHER NO CONTEXTO DA ENTREGA VOLUNTÁRIA DO FILHO PARA ADOÇÃO: PERSPECTIVAS DE PROTEÇÃO

GRACIOLI, Sofia Muniz Alves¹

AGUIAR, Amanda Castro²

ISSUE DOI: 10.3738/1982.2278.4243

RESUMO: O presente trabalho aborda a violência institucional, compreendida como ações ou omissões que violam direitos, perpetradas por agentes de instituições públicas responsáveis por prestar cuidado e proteção, frequentemente direcionada a grupos minoritários, vulneráveis e mulheres. O objetivo deste estudo foi investigar as perspectivas atuais de proteção às mulheres que desejam entregar seus filhos para adoção, já que, mesmo legalizada, a entrega voluntária tem enfrentado desafios e discriminações, sobretudo no âmbito das instituições. A metodologia adotada foi a revisão bibliográfica crítica, utilizou-se de livros, obras e artigos relacionados ao tema, além da legislação pertinente. As perspectivas de proteção levantadas incluem a uniformização nacional dos atendimentos, a definição de um fluxo básico a ser seguido e a capacitação de profissionais do judiciário e da rede de apoio, como a saúde e a assistência social. Além disso, verificou-se a relevância de esclarecer à população sobre a temática, buscando desconstruir o mito do amor materno e promovendo uma compreensão mais ampla da entrega voluntária para fins de adoção. O estudo ainda identificou a escassez de trabalhos científicos que abordam a violência institucional relacionada especificamente ao instituto da entrega voluntária. Nesse sentido, debucar mais sobre o tema e entender a efetividade da uniformização dos atendimentos, o funcionamento do fluxo e a ocorrência das capacitações previstas pela recente Resolução 485/2023 do CNJ é um ponto relevante a ser contemplado em pesquisas futuras.

Palavras-chave: Violência. Entrega Legal. Maternidade. Adoção.

INSTITUTIONAL VIOLENCE AGAINST WOMEN IN THE CONTEXT OF THE VOLUNTARY DELIVERY OF THE CHILD FOR ADOPTION: PROTECTION PERSPECTIVES

SUMMARY: The present work addresses institutional violence, understood as actions or omissions that violate rights, perpetrated by agents of public institutions responsible for providing care and protection, often directed at minority, vulnerable groups and women. The objective of this study was to investigate the current perspectives of protection for women who wish to give their children up for adoption, since, even legalized, voluntary delivery has faced challenges and discrimination, especially within institutions. The methodology adopted was the critical bibliographical review, using books, works and articles related to the theme, in addition to the relevant legislation. The protection perspectives raised include the national standardization of care, the definition of a basic flow to be followed, the training of professionals in the judiciary and the support network, such as health and social assistance. In addition, it was verified the relevance of clarifying the population about the theme, seeking to deconstruct the myth of maternal love and promoting a broader understanding of voluntary surrender and adoption. The study also identified the scarcity of scientific works that address institutional violence specifically related to the voluntary surrender institute. In this sense, delving more into the subject and understanding the effectiveness of the uniformity of care, the functioning of the flow and the occurrence of the training provided for by the recent Resolution 485/2023 of the CNJ seems a relevant point to be contemplated in future research.

Keywords: Violence. Legal Delivery. Maternity. Adoption.

¹ Doutora em psicologia pela Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Ribeirão Preto – USP/SP. Docente na Faculdade Dr. Francisco Maeda – FAFRAM/SP desde 2014. Psicóloga

² Especialista em Direito de Família e Mediação de Conflitos pela Universidade Cândido Mendes. Bacharela em Direito pela Faculdade Francisco Maeda - FAFRAM. Psicóloga pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Psicóloga Judiciária no Tribunal de Justiça de São Paulo - TJSP.

1 INTRODUÇÃO

A violência institucional é a prática de ações ou omissões violadoras de direitos, perpetradas por agentes que prestam serviços essenciais de cuidado e proteção, sobretudo nas instituições prestadoras de serviços públicos. Tem como característica ser amparada em práticas discriminatórias, principalmente contra grupos minoritários, vulneráveis, e mulheres, em especial.

Nesse âmbito, destaca-se a contradição entre a prestação de cuidados e a violência, visto que aqueles que deveriam estar atentos à humanização dos serviços são os próprios violadores de direitos, prejudicando o atendimento, vitimando ou promovendo a revitimização de quem foi procurar apoio.

Em 2017, foi publicada a Lei 13.509/17 que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (lei 8.069/90) para fazer constar o artigo 19-A que delineou o instituto da Entrega Voluntária no ordenamento jurídico. A partir de então, foi reforçada a possibilidade de a mulher gestante ou parturiente entregar o filho para adoção, mediante procedimento assistido pela Justiça da Infância e Juventude, sem riscos de criminalização da sua conduta.

Mesmo legalizada, a entrega voluntária do filho para adoção, contudo, padece de mais atenção e cuidados. Por isso, faz-se relevante o presente debate, já que a prática da violência no âmbito institucional, alicerçada em concepções discriminatórias, sobretudo no mito do amor materno, pode estar presente nos diversos equipamentos institucionais pelos quais a mulher vai precisar se expor: como na saúde, na assistência social e o no judiciário. Tais espaços institucionais, apesar de fundados no pilar da humanização, são passíveis de vitimizar por meio de seus agentes.

Nesse sentido, o presente trabalho objetivou investigar as perspectivas atuais de proteção à mulher que deseja entregar seu filho para adoção, ante a legalização da entrega voluntária, pois ainda parece enfrentar desafios e discriminações, sobretudo no âmbito das instituições.

Para tanto, adotou-se a metodologia de revisão bibliográfica crítica, utilizou-se de livros, obras e artigos que versam sobre o tema ora estudado, além da legislação pertinente.

2 VIOLÊNCIA: CONCEITO E CONTEXTO INSTITUCIONAL

De acordo com a definição da Organização Mundial da Saúde (OMS, 2002), a violência é caracterizada como o uso intencional da força ou poder, que pode ocorrer de forma ameaçadora ou efetiva, direcionado a si mesmo, a outra pessoa, a um grupo ou a uma comunidade. Essa ação pode resultar em lesões, morte, danos psíquicos, alterações no desenvolvimento ou privações significativas.

Como um tema de notada importância, faz-se necessário pontuar que o conceito de violência é amplo, possui variadas formas de manifestação, mas que pode ser estudado no âmbito de contextos que o particulariza, pois se mostra um fenômeno complexo e afeta diversas esferas da vida humana.

A violência institucional, especificamente, é conceituada por Taquette (2017) como aquela praticada, na forma comissiva ou omissiva, no âmbito de instituições prestadoras de serviços públicos, por agentes que deveriam garantir atendimento humanizado e, ademais, promover ações preventivas e reparadoras de danos.

Nesse sentido, Albuquerque *et al* (2022) descreve que o descaso, a negligência e o preconceito emitidos por pessoas na condição de autoridades são capazes de provocar a revitimização, ou seja, a vitimização secundária daquele que procura acolhimento, cuidado e justiça. A abordagem, com perguntas vexatórias e capazes de ofender, até por despreparo dos agentes públicos, pode prejudicar ainda mais a condição psicológica da vítima, de modo a fazê-la reviver situações de violência já experienciadas.

Albuquerque *et al* (2022, p. 22) pontua em seu trabalho que “as vítimas desse tipo de violência geralmente são grupos minoritários ou aqueles excluídos do meio social, como jovens residentes em periferias, grupo LGBTQIAP+, minorias étnicas e, principalmente, as mulheres.”

Ladeia, Mourão e Melo (2016) também observaram que, no contexto da saúde, a violência institucional apresenta maior destaque sobre grupos de minorias, como em relação a mulheres, idosos, negros e pessoas de classe econômica menos favorecida. Concluíram que isso pode estar relacionado ao processo histórico que temos vivenciado, de preconceito e discriminação em relação às questões de gênero, cor e classe social, envolvendo ainda julgamento moral e valores preestabelecidos na nossa cultura.

Além disso, Ladeia, Mourão e Melo (2016, p. 4) acrescentaram que “[...] as práticas de violência institucional manifestam-se tão corriqueiramente e de forma tão natural e silenciosa

que muitas vezes não são reconhecidas como tais” e, quando percebidas, na maioria das vezes, pelo receio do resultado de suas queixas ou manifestações, os usuários do serviço se calam, preferem submeter-se ao seu lugar de silêncio na relação, a serem reiteradamente vítimas. Todavia, a inação diante da violência pode indicar desconhecimento de direitos ou, de outro modo, dificuldade de reconhecê-la, por já estar arraigada nas instituições que o sujeito frequenta.

Tratando sobre a violência institucional no sistema judiciário, Albuquerque *et al* (2022) conclui que:

[...] a violência institucional ocorre diuturnamente dentro da estrutura do Estado, seja nas delegacias, nas audiências ou nos julgamentos em sede de Juízo. O fato novo que distingue a situação atual em relação a outrora, diz respeito a publicização de condutas praticadas de forma corriqueira nestes ambientes, o que gera uma comoção maior em razão dos meios telemáticos. Entretanto, essa sempre foi a realidade da mulher que busca ou que já buscou uma atuação da sistemática penal ou processual penal. O que sempre resultou em um processo de revitimização da mulher agredida (Albuquerque *et al*, 2022, p.25).

Depreende-se, portanto, que a violência institucional não deve ser entendida como uma invenção moderna ou um novo tipo de violência, ao contrário, arraigada no dia a dia das instituições, até então era encarada como algo corriqueiro e parte da relação entre usuário e a autoridade. Contudo, diante da publicização das condutas, com o advento de mecanismos tecnológicos capazes de pulverizar os acontecimentos de forma midiática, a necessidade de intervenção estatal foi escancarada, de modo a possibilitar seu reconhecimento e combate.

No contexto da saúde, no ano de 2003, a Política Nacional de Humanização (PNH) foi a ação governamental que concretizou o intuito de combater a violência institucional. A ideia de humanização foi pertinente, pois envolveu a concepção de que, para além de um usuário de serviços, lida-se com pessoas, sujeitos sociais dotados de direitos (Aguiar *et al.*, 2020).

Também, instrumentos legislativos já foram elaborados no intuito de prevenir e coibir a violência institucional e o processo de revitimização. Nesse sentido, vale destacar a importância da Lei 13.431/17 e da Lei 14.321/22.

A primeira tem como objetivo principal garantir os direitos de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência. Essa lei estabelece diretrizes e procedimentos para promover a proteção integral dessas vítimas, enfatizando a assistência, prevenção e responsabilização dos agressores. Ela promove alterações no Estatuto da Criança e do

Adolescente e reconhece a importância de um sistema interdisciplinar e integrado para oferecer atendimento adequado e efetivo, envolvendo diversos órgãos e profissionais. Além disso, a lei determina a criação de espaços adequados para a escuta especializada e o depoimento especial, visando evitar a revitimização durante as investigações e a garantir a privacidade das vítimas.

O Decreto nº 9.603/18, que regulamenta a Lei 13.431/17, em seu art. 5º, incisos I e II, traz a distinção do conceito de dois institutos relevantes para o debate do presente trabalho: a violência institucional e a revitimização. Conforme destaca (Brasil, 2018):

Art. 5º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

I - violência institucional - violência praticada por agente público no desempenho de função pública, em instituição de qualquer natureza, por meio de atos comissivos ou omissivos que prejudiquem o atendimento à criança ou ao adolescente vítima ou testemunha de violência;

II - revitimização - discurso ou prática institucional que submeta crianças e adolescentes a procedimentos desnecessários, repetitivos, invasivos, que levem as vítimas ou testemunhas a reviver a situação de violência ou outras situações que gerem sofrimento, estigmatização ou exposição de sua imagem.

Pelo observado, de acordo com o referido Decreto, a violência institucional e a revitimização apresentam uma linha tênue que as diferenciam, no que tange à preexistência de uma violação vivenciada. No caso de uma violência secundária, que promova a revivescência de situações pretéritas, fala-se em revitimização e, no caso de ser primária, trata-se de violência institucional.

A Lei 14.321/22, por seu turno, adicionou o artigo 15-A à Lei de Abuso de Autoridade. Essa adição conceituou "violência institucional" e ampliou a proteção às vítimas de violência. Nesse diploma normativo, a violência institucional é definida como o discurso ou a prática institucional que sujeita a vítima ou a testemunha a procedimentos desnecessários que a façam reviver a situação de violência.

Art. 15-A. Submeter a vítima de infração penal ou a testemunha de crimes violentos a procedimentos desnecessários, repetitivos ou invasivos, que a leve a reviver, sem estrita necessidade:

I – a situação de violência; ou

II – outras situações potencialmente geradoras de sofrimento ou estigmatização:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º Se o agente público permitir que terceiro intimide a vítima de crimes violentos, gerando indevida revitimização, aplica-se a pena aumentada de 2/3 (dois terços). §

2º Se o agente público intimidar a vítima de crimes violentos, gerando indevida revitimização, aplica-se a pena em dobro (Brasil, 2022)

Sobre a violência institucional contra mulheres, o Conselho Nacional de Justiça emitiu a Resolução 254/2018. Em seu art. 9º, define a violência institucional como qualquer ação ou omissão de órgãos ou agentes públicos que enfraqueça o compromisso de proteção e preservação dos direitos das mulheres (CNJ, 2018).

Além disso, a Lei Maria da Penha, modificada pela Lei 13.505/17, a fim de também evitar a violência no espaço institucional, incluiu diretrizes para a inquirição de mulheres vítimas de violência de gênero. Entre essas diretrizes está a não revitimização da depoente, ou seja, coibindo múltiplas inquirições sobre o mesmo fato nos âmbitos criminal, cível e administrativo, bem como restringindo questionamentos sobre a vida privada da vítima. No mesmo sentido, a Lei 14.245/2021, apelidada de Lei Mariana Ferrer, alterou os Códigos Penal, de Processo Penal e a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais para combater a violação da dignidade de vítimas e testemunhas. Essa lei introduziu os artigos 400-A e 474-A no Código de Processo Penal e o art. 81 na Lei 9099/95, adaptando a condução do processo em diversos ritos. Durante as audiências, especialmente em casos de crimes sexuais, está previsto que todas as partes devem proteger a integridade física e psicológica das vítimas, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa. Além disso, a lei proíbe manifestações sobre elementos não relacionados aos fatos em apuração, além de linguagem ou materiais ofensivos à dignidade das vítimas ou testemunhas (Cunha; Albeche, 2022).

Em suma, essas leis têm como objetivo principal combater a violência cometida por agentes públicos no exercício de suas funções e proteger os direitos das vítimas. Elas estabelecem, inclusive, penalidades para os casos de violência institucional, visando assegurar a responsabilização daqueles que praticam atos abusivos ou arbitrários.

Mediante o exposto, sobre a violência institucional, depreende-se que é salutar que seja feito o seu reconhecimento, ou seja, sua diferenciação e identificação. Diante do emaranhado de comportamentos diários que revelam excesso de poder e, por vezes, tão naturalmente subjugam a vítima, de modo a prejudicar seu pleno atendimento ou promover a sua vitimização ou revitimização. Portanto, é importante que se saiba identificar para evitar e combater.

3 A ENTREGA VOLUNTÁRIA DO FILHO PARA ADOÇÃO: ASPECTOS SOCIAIS E NORMATIVOS

Com o objetivo de revisar a literatura que aborda a construção histórica e social da família e das mulheres no Brasil e na Europa, o estudo de Resende (2017) entendeu que há uma ideia de conexão intrínseca, ao longo da história, dos conceitos de família, infância e maternidade, todos sujeitos a mútuas influências e variações de acordo com os cenários culturais, sociais, econômicos e políticos de cada época. Nesse sentido, tem-se a família compreendida como uma construção social, caracterizada por vários modelos que se adaptam às particularidades conforme a época.

Em uma breve linha histórica, a referida autora citou que no período aristocrático, entre os séculos XVI e XVII, a família era numerosa, pois além de parentes, também havia a participação rotineira de criados e clientes. A criança, naquele contexto, era malvista, sendo desde cedo envolvida nas atividades produtivas dos adultos. Com a Revolução Industrial, houve uma transição que promoveu maior privacidade à família, o que colaborou para a valorização das crianças como instrumento de fortalecimento dos laços familiares. Com o advento da burguesia, um novo padrão e funcionamento familiar surgiu, com ênfase nas relações familiares e no papel do amor materno, seguido por um aumento relevante da preocupação social com a infância, o que influenciou significativamente as concepções acerca do exercício da maternidade.

A partir da diminuição da mão de obra e a realidade de alta taxa de mortalidade infantil, no contexto europeu dos séculos XVIII e XIX, adveio a representação contemporânea da maternidade, baseada na ideia do amor natural e espontâneo das mulheres por seus filhos. Elas passaram a ser a figura responsável pelo cuidado e educação das crianças, concebendo-se essa dedicação materna como salutar para proporcionar o bem-estar ao infante. A ideia de ser mãe, então, moldada pelas condições e circunstâncias de cada momento histórico, ao longo do tempo, passou a ser envolta em concepções que sugerem a ideia de um amor incondicional, de realização feminina e de instinto materno (Resende, 2017).

De acordo com a antropóloga mexicana Marcela Lagarde, citada por Medeiros e Mozdezenski (2023, p. 30), a maternidade continua sendo amplamente vista na sociedade como o principal propósito e objetivo da vida das mulheres. O termo "cativeiro das madresposas", cunhado pela referida antropóloga, simboliza as opressões e restrições socialmente construídas

impostas às mulheres para que elas assumam um papel submisso como mãe e esposa (madre + esposa). Assim, na sociedade patriarcal, desde muito cedo, as mulheres são ensinadas e condicionadas a se tornarem mães-esposas, seguindo discursos androcêntricos e misóginos que são reiterados em diversos âmbitos da nossa sociedade (família, escola, trabalho e, especialmente atualmente, nos meios de comunicação de massa).

Como expõe Medeiros e Monzdezinski (2023, p.32),

[...] já dentro do núcleo da família, onde inicialmente nos formamos enquanto sujeitos, são sedimentados o papel e as expectativas sociais e comportamentais que a mulher e o homem devem interiorizar para cumprir na sociedade ao longo de sua vida.

Em contraposição, Bardinter (1985) entende o amor materno como um sentimento, o qual é expresso socialmente a partir do momento histórico e da cultura, podendo variar e, inclusive, não estar presente em todas as relações entre mãe e filho, tampouco deve ser concebido como algo natural e parte obrigatória na relação materno-filial. Por conseguinte, o amor materno pode ser entendido como uma relação que depende de um processo de construção a ser desenvolvido.

Nesse contexto, como enfatizam Medeiros, Andrade e Costa-Dalpinho (2021, p.131),

Ainda é bastante presente no contexto social e cultural a tendência em se romantizar a maternidade, como o ideal de toda mulher. Essa romantização exclui a mulher do desejo de pertença de espaços outros que não a maternidade, criando a compreensão de que uma 'boa mãe' se dedica exclusivamente aos filhos. Essa percepção é historicamente construída e embasada no espaço de existência que foi afetado à mulher ao longo dos anos, ou seja, como a responsável pelo cuidado e educação das crianças, sendo esta a sua principal função social.

Observa-se, assim, que colocar a mulher como principal provedora do cuidado e afeto para o filho, a partir de uma concepção cultural que atrela à figura feminina uma dotação inata de afeto pela criança que gerou, contribui para a idealização social de um quase inquestionável amor materno, ao qual a mulher parece estar destinada e do qual não deve esquivar-se, sob pena de ser julgada socialmente ao negá-lo.

Apesar da citada construção social em torno do amor materno, algumas mulheres optam por não criar seus filhos e os entregam para instituições competentes logo após o nascimento. Outras, chegam a abandonar essas crianças em locais inadequados. Essas mulheres enfrentam uma realidade de invisibilidade social e desamparo, sendo rotuladas como "mães doadoras" ou

"desistentes", e em uma conotação negativa, são chamadas até de "mulheres desalmadas", sendo-lhes atribuída falta de instinto materno ou distúrbios psicológicos. Os motivos e os sentimentos por trás dessa decisão são frequentemente ignorados. No entanto, vários fatores podem levar uma mulher a abrir mão de seu filho, como a pobreza, o desemprego, o abandono pelo parceiro e pela família, situações de violência doméstica e de abuso sexual, incluindo incesto ou estupro (Leão *et al*, 2014).

Em atenção aos direitos da criança e aos de mulheres que se encontram em situações como as mencionadas, foi promulgada a Lei 12.010 em 2009, conhecida como Lei Nacional de Adoção, com o objetivo de simplificar o processo de adoção nacional e internacional e garantir mais segurança e supervisão nos trâmites. Essa lei trouxe alterações significativas ao Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre as quais foi abordado pela primeira vez o instituto da Entrega Voluntária de crianças para adoção, quando determinou que as mulheres interessadas em realizar essa entrega devem ser acompanhadas obrigatoriamente pela Justiça da Infância e Juventude. Além disso, a lei estabeleceu que essas mulheres têm direito a assistência psicológica antes e depois da decisão da entrega (Maciel; Cruz, 2020).

Assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), passou a contar com a seguinte redação:

Art. 8º, §4º Incumbe ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal.

§5º A assistência referida no §4º deste artigo deverá ser também prestada a gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção. Art. 13 - Parágrafo único. As gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas à Justiça da Infância e da Juventude (Brasil, 1990)

Em 2016, a Lei 13.257, conhecida como Marco da Primeira Infância, que visa a promover a proteção e o desenvolvimento integral das crianças na primeira infância, compreendendo o período de zero a seis anos de idade, modificou a redação do art. 8º, §5º, do ECA e, além disso, transformou o parágrafo único do art. 13 em §1º, dando-lhe nova redação, para incluir o termo “sem constrangimento” em seu dispositivo.

Art. 8º, §5º A assistência referida no §4º deste artigo deverá ser prestada também a gestantes e mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção, bem como a gestantes e mães que se encontrem em situação de privação de liberdade.

Art. 13, §1º As gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas, sem constrangimento, à Justiça da Infância e da Juventude (Brasil, 1990).

Maciel e Cruz (2020) indicam que o termo “sem constrangimento” foi inserido no texto legal com o fito de evitar intervenções inadequadas pela equipe que atua na rede de proteção, tais como: questionamentos sobre a decisão da mulher ou mesmo pressões para que reflita e mude de ideia. Ou seja, a expressão incluída serve para deixar ainda mais claro que, diante do desejo da mulher (mãe, gestante ou parturiente) de entregar seu filho para a adoção, não deve haver qualquer preconceito ou censura por parte dos profissionais (Costa, 2018).

Nota-se, assim, o quão relevante é a preocupação do legislador em garantir mais proteção à mulher quando da entrega voluntária do filho para a adoção, sobretudo ao observarmos resultados de pesquisa como a de Faraj *et al.* (2016), a qual demonstrou que profissionais de saúde, baseados em concepções atreladas ao mito do amor materno, esforçam-se para convencer a mulher que deseja entregar o filho a repensar a decisão. Tais profissionais apontaram até conhecer os encaminhamentos que devem ser realizados diante dessas situações, bem como a importância de respeitar a decisão dessas mulheres. Porém, como indicou a pesquisa, esses profissionais não se furtam das “conversas” que tentam fazer com que as mulheres que desejam fazer a entrega do filho reavaliem o seu desejo, com nítida interferência de suas próprias percepções e preconceitos no exercício profissional.

Vale destacar que as mulheres que expressam o desejo de entregar o filho para a adoção o fazem na expectativa de encontrar uma forma segura e eficaz de proporcionar à criança proteção e bem-estar. Nesse sentido, a dificuldade observada em estabelecer a diferença entre a entrega voluntária e o abandono negligente pode ser o motor de respaldo à discriminação, de modo a comprometer o atendimento que deve ser prestado pelas instituições acionadas (Maciel; Cruz, 2020).

Em 2017, na intenção de aprofundar mais o tema, foi promulgada a Lei 13.509 que reforçou as disposições da Lei 12.010/09 e sistematizou as etapas de atendimento à mulher que deseja entregar o filho para adoção, reafirmando que ela deve ser encaminhada e acompanhada pela Justiça da Infância e Juventude (art. 19-A, ECA). Essa lei determinou que a gestante ou mãe tenha acesso a uma escuta qualificada por equipe interprofissional que apresentará um relatório ao juiz; além do atendimento especializado na rede pública de saúde.

Após o acompanhamento, caso mantenha o desejo da entrega do filho para a adoção, a lei estabelece que a preferência seja dada ao pai ou a algum membro da família extensa. Somente na impossibilidade, o juiz poderá decretar a extinção do poder familiar, colocar a criança sob guarda provisória e habilitá-la à adoção. Substancialmente, a lei prevê o direito ao sigilo da opção pela entrega, inclusive sobre o nascimento (Maciel; Cruz, 2020). Assim, o art.19-A, do ECA, delinea, *ipsis litteris*, o que se segue:

Art. 19-A. A gestante ou mãe que manifeste interesse em entregar seu filho para adoção, antes ou logo após o nascimento, será encaminhada à Justiça da Infância e da Juventude.

§ 1º A gestante ou mãe será ouvida pela equipe interprofissional da Justiça da Infância e da Juventude, que apresentará relatório à autoridade judiciária, considerando inclusive os eventuais efeitos do estado gestacional e puerperal.

§ 2º De posse do relatório, a autoridade judiciária poderá determinar o encaminhamento da gestante ou mãe, mediante sua expressa concordância, à rede pública de saúde e assistência social para atendimento especializado.

§ 3º A busca à família extensa, conforme definida nos termos do parágrafo único do art. 25 desta Lei, respeitará o prazo máximo de 90 (noventa) dias, prorrogável por igual período.

§ 4º Na hipótese de não haver a indicação do genitor e de não existir outro representante da família extensa apto a receber a guarda, a autoridade judiciária competente deverá decretar a extinção do poder familiar e determinar a colocação da criança sob a guarda provisória de quem estiver habilitado a adotá-la ou de entidade que desenvolva programa de acolhimento familiar ou institucional.

§ 5º Após o nascimento da criança, a vontade da mãe ou de ambos os genitores, se houver pai registral ou pai indicado, deve ser manifestada na audiência a que se refere o § 1º do art. 166 desta Lei, garantido o sigilo sobre a entrega.

§ 6º Na hipótese de não comparecerem à audiência nem o genitor nem representante da família extensa para confirmar a intenção de exercer o poder familiar ou a guarda, a autoridade judiciária suspenderá o poder familiar da mãe, e a criança será colocada sob a guarda provisória de quem esteja habilitado a adotá-la. § 7º Os detentores da guarda possuem o prazo de 15 (quinze) dias para propor a ação de adoção, contado do dia seguinte à data do término do estágio de convivência.

§ 8º Na hipótese de desistência pelos genitores - manifestada em audiência ou perante a equipe interprofissional - da entrega da criança após o nascimento, a criança será mantida com os genitores, e será determinado pela Justiça da Infância e da Juventude o acompanhamento familiar pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias. § 9º É garantido à mãe o direito ao sigilo sobre o nascimento, respeitado o disposto no art. 48 desta Lei.

§ 10. Serão cadastrados para adoção recém-nascidos e crianças acolhidas não procuradas por suas famílias no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir do dia do acolhimento (Brasil, 1990)

Nesse sentido, o instituto da entrega voluntária do filho para adoção é regulado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, o que indica a garantia de sua validade e os efeitos jurídicos adequados. O ECA estabelece precauções, como assistência psicológica às gestantes, inclusive às que estão detidas, e encaminhamento obrigatório à justiça especializada. A Lei n. 13.509/2017, por sua vez, ampliou a regulamentação, exigindo a audição dessa mãe por uma equipe interprofissional que elaborará um relatório que deverá considerar o estado gestacional

e puerperal. Com base nisso, a mãe pode receber atendimento especializado. Por fim, a manifestação formal da entrega ocorrerá em audiência judicial após o nascimento, momento que o poder familiar será extinto, excetuando os casos de retratação no prazo estipulado por lei.

Destarte, as formalidades dispostas têm como objetivo garantir uma entrega válida e eficiente, facilitando a colocação da criança em uma nova família, de forma segura e de acordo com a lei. Além disso, visa a coibir práticas irregulares de adoção, como a entrega direta a pessoas inabilitadas ou com motivações financeiras, consideradas crimes pelo ECA (Maciel, 2022).

Diante das citadas inovações na lei, cada Tribunal de Justiça estabeleceu protocolos de atendimento, a fim de viabilizar a aplicação prática das normativas até então existentes (Tenório *et al.*, 2019).

Em 2015, por exemplo, o Tribunal de Justiça de São Paulo já havia formado comissão interinstitucional (Coordenadoria da Infância e da Juventude do Tribunal de Justiça de São Paulo, Secretaria Estadual da Saúde, Secretaria Estadual do Desenvolvimento Social e Grupo de Apoio à Adoção de São Paulo) para discutir a necessidade de criar parâmetros e fluxos para aprimorar os atendimentos direcionados às mulheres que desejam entregar o filho para adoção. Da comissão, resultou um protocolo de atendimento humanizado. Por meio de uma cartilha foi facilitado o acesso às informações aos profissionais que atendem essas mulheres, decididas ou não a entregar o filho para a adoção (São Paulo, 2015).

Essa cartilha, denominada “Cartilha de Política de Atenção à Gestante”, publicada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo forneceu orientações aos profissionais que lidam com mulheres interessadas em exercer o direito de entregar seus filhos para adoção. Nela está prescrita a importância de estarem familiarizados com os serviços disponíveis na rede de assistência social do município, a fim de agilizar os atendimentos, bem como o dever de adotar uma postura isenta de julgamentos e preconceitos. Reforça, ainda, ser crucial compreender que o processo de entrega é distinto do abandono e, com isso, deve-se considerar as possíveis repercussões emocionais para a mulher. Em suma, preconiza como fundamental o respeito aos direitos tanto da mulher quanto da criança envolvida (Medeiros; Andrade; Costa-Dalpino, 2021).

O fluxo de atendimento estabelecido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo para gestante que manifesta o desejo da entrega determina que ela deve ser encaminhada à Vara da Infância

e da Juventude, onde assistentes sociais e/ou psicólogos explicarão os procedimentos e os seus direitos. Nessa oportunidade, deve ficar esclarecido que ela tem a opção de consultar a família extensa e o genitor sobre a possibilidade de algum parente assumir a guarda da criança. A gestante poderá receber atendimento em serviços municipais, como CRAS, CREAS, CAPS ou serviços de saúde mental, para acompanhamento psicológico. Após o nascimento da criança, a genitora passará por avaliação psicológica ou psiquiátrica para garantir que sua decisão não seja influenciada por questões emocionais. Caso ela mantenha o desejo de entrega, será ouvida pelo juiz, que dará continuidade ao processo de colocação da criança em uma família substituta, evitando o acolhimento institucional (Medeiros; Andrade; Costa-Dalpino, 2021).

Pela redação da Cartilha, vê-se que o protocolo adotado em 2015 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo visou prevenir a violência no âmbito institucional, pois a atuação de profissionais pode ser capaz de exprimir preconceitos e discriminações sociais constrangedoras, baseadas na maioria das vezes em crenças equivocadas intimamente ligadas ao chamado mito do amor materno.

De acordo com o exposto, observa-se que, amparados no instituto da entrega voluntária previsto no ECA, Tribunais de Justiça dos Estados estabeleceram protocolos de atendimentos que, como no Tribunal de Justiça de São Paulo, alcançam profissionais das áreas de saúde, socioassistencial e jurídica, a fim de viabilizar a aplicação da lei e promover o respeito ao desejo da mulher.

4 PERSPECTIVAS DE PROTEÇÃO DA MULHER NO CONTEXTO DA ENTREGA VOLUNTÁRIA DO FILHO PARA A ADOÇÃO

Em 2022, foi noticiado na mídia nacional o caso da atriz Klara Castanho, que teve sua intimidade exposta por jornalistas ao ter decidido entregar seu filho para adoção, fruto de uma violência sexual. Na carta aberta divulgada pela atriz, ela expressou sua dolorosa experiência de uma gravidez indesejada, bem como o tratamento recebido por alguns profissionais da saúde, os quais deixaram de agir com o dever ético de respeito à sua decisão e ao devido sigilo. No texto, ela pontuou suas próprias limitações emocionais para lidar com a criança, porém, defendeu os direitos do infante de viver em um lar saudável, por isso a sua opção pela entrega legal.

Figura 1. Carta aberta.

CARTA ABERTA		
Esse é o relato mais difícil da minha vida. Pensei que levaria essa dor e esse peso somente comigo. Sempre mantive a minha vida afetiva privada, assim, expô-la desse maneira é algo que me apavora e remexe dores profundas e recentes. No entanto, não posso silenciá-la ao ver pessoas conspirando e criando versões sobre uma violência repulsiva e de um trauma que sofri. Fui estuprada. Relembrar esse episódio traz uma sensação de morte, porque algo morreu em mim. Não estava na minha cidade, não estava perto da minha família nem dos meus amigos. COMUNICADO 01/09	Estava completamente sozinha. Não, eu não fiz boletim de ocorrência. Tive muita vergonha, me senti culpada. Tive a ilusão de que se eu fingisse que isso não aconteceu, talvez eu esquecesse, superasse. Mas não foi o que aconteceu. As únicas coisas que tive forças para fazer foram: tomar a pílula do dia seguinte e fazer alguns exames. E tentei, na medida do possível e da minha frágil capacidade emocional, seguir adiante, me manter focada na minha família e no meu trabalho. Mas mesmo tentando levar uma vida normal, os danos da violência me acompanharam. Deixei de dormir, deixei de confiar nas pessoas, deixei uma sombra apoderar-se de mim. COMUNICADO 02/09	Uma tristeza infinita que eu nunca sentido antes. As redes sociais são ilusão e deixei lá a ilusão de que a estava ok enquanto eu estava despe. Somente a minha família sabia o que aconteceu. Os fatos até aqui são suficientes para machucar, mas eles não param por aí. Meses depois, eu comeci a passar por mal-estar. Um médico sinalizou que seria uma gastrite, uma hérnia estrangulada, um mioma. Fiz uma tomografia e, no entanto, o exame foi interrompido às pressas. COMUNICADO 03/09
E mesmo assim esse profissional me obrigou a ouvir o coração da criança, disse que 50% do DNA eram meus e que eu seria obrigada a amá-lo. Essa foi mais uma da série de violências que aconteceram comigo. Gostaria que tivesse parado por aí, mas, infelizmente, não foi isso o que aconteceu. Eu ainda estava tentando juntar os cacos quando tive que lidar com a informação de ter um bebê. Um bebê fruto de uma violência que me destruiu como mulher. Eu não tinha (e não tenho) condições emocionais de dar para essa criança o amor, o cuidado e tudo o que ela merece ter. Entre o momento que eu soube da gravidez e o parto se passaram poucos dias. Era demais para processar, para aceitar e tomei a atitude que eu considero mais digna e humana. COMUNICADO 05/09	Eu procurei uma advogada e conhecendo o processo, tomei a decisão de fazer uma entrega direta para adoção. Passei por todos os trâmites: psicóloga, ministério público, juíza, audiência - todas as etapas obrigatórias. Um processo que, pela própria lei, garante sigilo para mim e para a criança. A entrega foi protegida e em sigilo. Ser pai e mãe não depende tão somente da condição econômica-financeira, mas da capacidade de cuidar. Ao reconhecer a minha incapacidade de exercer esse cuidado, eu optei por essa entrega consciente e que deveria ser segura. COMUNICADO 06/09	Fui informada que eu gerava um feto no útero. Sim, eu estava quase no término da gestação quando eu soube. Foi um choque. Meu mundo caiu. Meu ciclo menstrual normal, meu corpo também. Eu não ganhado peso e nem barriga. Naquele momento do exame, me senti novamente violada, novamente culpada. Em uma consulta médica contei ter sido estuprada, explicou tudo o que aconteceu. O médico não teve nenhuma empatia por mim. Eu não era uma mulher que era grávida por vontade e desejo, eu tinha sofrido uma violência. COMUNICADO 04/09
vulnerabilidade, que têm a obrigação legal de respeitar o sigilo da entrega, não foram éticos, nem tiveram respeito por mim e nem pela criança. Bom, agora, a notícia se tornou pública, e com ela vieram muitas informações erradas e ilações mentirosas e cruéis. Vocês não têm noção da dor que eu sinto. Tudo o que fiz foi pensando em resguardar a vida e o futuro da criança. Cada passo está documentado e de acordo com a lei. A criança merece ser criada por uma família amorosa, devidamente habilitada à adoção, que não tenha as lembranças de um fato tão traumático. E ela não precisa saber que foi resultado de uma violência tão cruel. Como mulher, eu fui violentada primeiramente por um homem e, agora, sou reiteradamente violentada por tantas outras pessoas que me julgam. Ter que me pronunciar sobre um assunto tão íntimo e doloroso me faz ter que continuar vivendo essa angústia que carrego todos os dias. COMUNICADO 08/09	No dia em que a criança nasceu, eu, ainda anestesiada do pós-parto, fui abordada por uma enfermeira que estava na sala de cirurgia. Ela fez perguntas e ameaçou: "imagina se tal colonista descobre essa história". Eu estava dentro de um hospital, um lugar que era para supostamente para me acolher e proteger. Quando cheguei no quarto já havia mensagens do colonista, com todas as informações. Ele só não sabia do estupro. Eu ainda estava sob o efeito da anestesia. Eu não tive tempo de processar tudo aquilo que estava vivendo, de entender, tamanha era a dor que eu estava sentindo. Eu conversei com ele, expliquei tudo o que tinha me acontecido. Ele prometeu não publicar. Um outro colonista também me procurou dias depois querendo saber se eu estava grávida e eu falei com ele. Mas apenas o fato de eles saberem, mostra que os profissionais que deveriam ter me protegido em um momento de extrema dor e COMUNICADO 07/09	A verdade é dura, mas essa é a história real e a dor que me dilacera. No momento, eu estou amparada pela família e cuidando da minha saúde mental. Minha história se tornar pública não foi um erro meu, mas espero que, ao menos, tudo o que aconteceu sirva para que mulheres e meninas sintam culpadas ou envergonhadas por sofrerem violências que elas sofrem. Entregar uma criança em adoção não é um crime, é um ato supérfluo de cuidado. Eu vou tentar me reconstruir, lutar com a compreensão de vocês para me manter a privacidade que o momento merece. Com carinho, Klara Castanho 09/09

Fonte: Blog do Lauriberto

No caso exposto, apesar de a entrega voluntária ter sido processada conforme os trâmites previstos na legislação, que asseguram a garantia ao sigilo e a ausência de constrangimento, na prática, os procedimentos ainda foram capazes de causar violência. O julgamento de alguns profissionais que manifestam a opinião sobre a decisão da mulher em não exercer a maternidade costuma ser embasado na discriminação da condição de gênero e no mito do amor materno, Nucleus, Edição Especial: Direito – 20 Anos.

como se isso configurasse atentado imperdoável contra a natureza, o que deveras pode ter contribuído para intensificar o sofrimento e levou à revitimização da atriz, conforme ela externou em carta (Medeiros; Mozdzenski, 2023).

Com isso, apesar da previsão legal, destaca-se que o instituto da entrega voluntária não pareceu ter sido capaz de promover a devida proteção à mulher, em especial, contra ideias preconcebidas e práticas discriminatórias, cultural e socialmente arraigadas. Mesmo seguindo os procedimentos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, dentro da legalidade esperada, como apontou Klara Castanho, a repercussão causou debates nas redes sociais. As discussões variaram em torno dos direitos das mulheres, da importância da privacidade e da intimidade de pacientes nas unidades de saúde, além de preconceitos relacionados ao próprio ato da entrega voluntária.

A repercussão foi tamanha que a Procuradoria Especial da Mulher do Senado Federal, por meio de Nota de Solidariedade datada de 27 de junho de 2022, manifestou apoio e solidariedade à atriz, repudiando a falta de ética e de empatia dos profissionais que a atenderam. No mesmo sentido, o Conselho Federal de Enfermagem (COFEN) se solidarizou e determinou a apuração do caso. Ainda, a Federação Nacional de Jornalistas (FENAJ) divulgou nota de solidariedade à Klara Castanho, indicando a falta de ética profissional do colunista que expôs na mídia a intimidade da atriz.

A situação vivenciada por Klara Castanho inspirou, inclusive, projetos de lei que versam sobre a temática e que objetivam cercar de maior proteção a mulher que deseja exercer o seu direito de realizar a entrega protegida do filho para adoção. Por exemplo, no Distrito Federal tramita o Projeto de Lei 2.907/2022 que garante à gestante o direito ao sigilo de informações sobre o nascimento e a entrega da criança para adoção. O projeto pretende a responsabilização administrativa dos profissionais que não garantirem esse sigilo. O texto ressalta que a gestante que optar por entrega direta do bebê para adoção deve ser tratada com urbanidade e cordialidade pelos profissionais e, caso haja vazamento de informações, será iniciado um processo administrativo com multas que variam entre R\$ 5 mil a R\$ 10 mil, podendo chegar a R\$ 20 mil no caso de reincidência. Em suma, o projeto visa a proteger a privacidade das gestantes e combater práticas discriminatórias (Moraes, 2023).

Outras Assembleias Legislativas também receberam Projetos de Lei no mesmo sentido, a exemplo da Assembleia Legislativa de São Paulo que teve o Projeto de Lei nº 326/2022 em

tramitação, mas foi recentemente arquivado. No Senado Federal, tramita o Projeto de Lei nº 1836/2022, que atualmente está sendo discutido na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa.

Em atenção ao presente tema, a partir de debates e trabalhos do Fórum Nacional da Infância e da Juventude, no mês de janeiro do ano corrente, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ publicou a Resolução n. 485, que tem por objetivo nortear o Judiciário no que tange às políticas de proteção à mulher e às crianças, de modo a promover o fortalecimento da cultura da adoção legal no Brasil (CNJ, 2023).

A Resolução n. 485/2023-CNJ trata sobre o atendimento adequado de gestante ou mães que manifestem o desejo de entregar o filho para adoção, bem como a proteção integral da criança. A resolução é baseada em diversas considerações, como na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que enfatiza o direito da criança de não ser separada dos pais contra a vontade deles e na Resolução da Corregedoria Nacional de Justiça, que desde 2012 já previa a garantia de transparência e de segurança da entrega perante o Poder Judiciário.

O referido ato normativo abrange vários aspectos do processo de entrega intencional de crianças para adoção, desde o acolhimento inicial da gestante/mãe até a ratificação do consentimento sobre a adoção em audiência. A Resolução ressalta a garantia de que o procedimento da entrega seja cuidado de forma humanizada, respeitando os direitos da mãe e protegendo a criança.

Ao longo do documento, são previstos diretrizes e procedimentos para o atendimento intersetorial da mulher, incluindo a avaliação da sua decisão da entrega voluntária, com apoio psicossocial; a garantia de sigilo do nascimento e a possibilidade de retratação dentro do prazo especificado pelo ECA. Além disso, a Resolução aponta a importância da atuação dos Tribunais de Justiça na instituição de programas e atos normativos que regulem o atendimento, a capacitação de magistrados e profissionais que atuam nas Varas com competência em Infância e Juventude.

Em suma, a Resolução n. 485 do CNJ tem como objetivo criar um ambiente de suporte e proteção para essas mulheres que desejam entregar seus filhos para adoção, enquanto também zela pelos direitos da criança. Nesse sentido, intenta a aplicação adequada das leis e diretrizes que garantem a proteção da mulher no exercício desse direito.

Em ação conjunta à citada Resolução, o CNJ divulgou um documento intitulado "Manual sobre Entrega Voluntária", que objetiva impingir concretização e adequada aplicação à Resolução, capacitando o sistema de justiça e a rede de apoio. O Manual apresenta também um modelo de fluxograma que orienta o procedimento da entrega voluntária, no qual envolve a participação do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente (CNJ, 2023).

No citado documento, são repisados os direitos e a proteção da privacidade das mulheres, além de delinear orientações sobre o sigilo do processo. É pontuado também que a mulher deve ser atendida em local reservado e com garantia de confidencialidade, não devendo ser pré-julgada sobre suas motivações. Na Vara da Infância e da Juventude, ela deverá ser acolhida por uma equipe interprofissional ou, na falta, por servidor designado pelo Poder Judiciário. No primeiro atendimento, a gestante/parturiente já será informada sobre o seu direito ao sigilo, inclusive quanto ao nascimento da criança, à comunicação aos membros da família e ao suposto genitor. Não obstante, será orientada sobre o direito do infante (na maioridade, se assim desejar), de conhecer sua origem biológica, uma vez que isso está relacionado ao direito de personalidade protegido constitucionalmente.

De acordo com o Manual (CNJ, 2023), o atendimento dos profissionais deve ser pautado nas diretrizes estabelecidas no programa de entrega voluntária, sendo de responsabilidade do juiz garantir que não haja constrangimento à mulher e que o processo ocorra com prioridade e em segredo de justiça. A equipe interprofissional da Vara de Infância e Juventude deve coordenar com os serviços de saúde para o tratamento adequado e respeitoso à gestante, considerando seus desejos em relação ao contato com o bebê, amamentação e outros cuidados durante sua permanência no hospital. O documento faz menção à infração administrativa prevista no art. 258-B do ECA, que implica em multa para médicos, enfermeiros ou dirigentes de estabelecimentos de saúde que não comunicarem a existência de gestantes interessadas em entregar seus filhos para adoção. Nesse sentido, caberá à equipe interprofissional avaliar se houve qualquer ocorrência de violação aos direitos da mulher nesse contexto, o que deverá ser incluído em relatório que possibilitará a tomada de providências judiciais contra os infratores, caso seja necessário.

Com vistas à proteção da mulher e da criança, no caso de a gestante se apresentar espontaneamente, o juiz deverá notificar a maternidade onde ocorrerá o parto e informar a intenção da gestante em realizar a entrega voluntária, assegurando na notificação o seu direito

ao sigilo. Além disso, o magistrado deve emitir uma Carta de Apresentação para a gestante, documento que ela portará durante toda a gestação, no qual constará a informação de que está sendo acompanhada pelo Poder Judiciário. A maternidade, por sua vez, deve informar imediatamente ao juiz sobre o nascimento da criança, para que seja realizada nova entrevista com a equipe técnica do judiciário que acompanhou a mulher durante a gestação (CNJ, 2023).

Segundo o Manual (CNJ, 2023), durante a audiência prevista no art. 166, §1º, do ECA, que visa a confirmação do desejo da entrega legal, a mulher deve ser questionada pelo juiz se sofreu, especificamente, qualquer hostilização por parte de agentes públicos, após ter declarado interesse em fazer a entrega, para que sejam tomadas providências legais. Além disso, não será admitido constrangimento à mulher que não desejar declarar o nome do genitor, bem como não poderá ser condicionado pelo juiz a efetivação do procedimento de entrega voluntária a esclarecimentos sobre suas motivações.

Observa-se, com isso, o esforço para que se evitem julgamentos e discriminações em torno da mulher quando da sua decisão pela entrega protegida, sobretudo por parte dos profissionais envolvidos no procedimento, que abrange as áreas da saúde, da assistência social e do Judiciário. Dito de outro modo, a preocupação em uniformizar os procedimentos, por parte do CNJ, visa reiterar o que já está previsto no ECA, mas que de algum modo precisa ser detalhado em um passo a passo, a fim de combater a cultura de discriminação e julgamentos, além de fortalecer a cultura de adoção legal no país.

Nota-se que a partir da repercussão da situação vivenciada pela atriz Klara Castanho, tem havido maior discussão e movimentação legislativa a respeito do tema, dando ensejo a Projetos de Lei nos âmbitos estadual, distrital e federal. A própria publicação da Resolução 485/2023 do CNJ, cerca de sete meses após a divulgação da Carta Aberta pela atriz, pode indicar que as discussões no Fórum Nacional da Infância e Juventude também foram aceleradas em torno da problemática, resultando no referido ato normativo e, logo após, em um manual que visa a capacitar o sistema de justiça e a rede de apoio, com o fim de efetivar e adequar a aplicação da citada Resolução.

Vale salientar que as referidas discussões legislativas e o ato normativo mencionado são uníssonos na defesa da proteção dos direitos da mulher, já previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como denotam repudiar as ações de profissionais que indiquem

desrespeito, constrangimento ou revitimização à mulher que toma a decisão de entregar o filho para a adoção.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base na legalidade instituída pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, o objetivo do presente trabalho foi investigar as perspectivas atuais de proteção à mulher, gestante ou parturiente, que deseja entregar o filho para adoção, sobretudo no que tange à violência sofrida no meio institucional.

De acordo com o delineado, aparentemente, há o reconhecimento pelo legislador da resistência à aceitação, na nossa sociedade, de que a mulher se coloque em divergência ao condicionamento cultural instituído em torno da maternidade, pois está estampando no ECA a possibilidade legal de a mulher entregar o filho para adoção. Mas, apesar disso, tem sido necessário esclarecer cada vez mais minuciosamente a normativa, a fim de evitar ações de preconceito e julgamento, como mostra a inclusão do termo "sem constrangimento" no texto que trata do encaminhamento obrigatório da mulher à Justiça da Infância e da Juventude. No mesmo sentido, foi necessário uniformizar nacionalmente, por meio de ato normativo do CNJ, o procedimento a ser adotado nos Tribunais de Justiça e, ainda, descrever em um manual o fluxo a ser perseguido, onde consta a indicação enfática de que não serão admitidas violências travestidas de julgamentos e discriminações contra a mulher, baseadas na ideia arraigada do mito do amor materno.

As atitudes discriminatórias que emergem nos ambientes institucionais nos desperta atenção, já que, ao menos teoricamente, são espaços pautados no pilar da humanização e no consequente respeito no trato com as pessoas, indiscriminadamente. Pelo exposto, tais posturas parecem advindas de profissionais que faltam com o dever ético e atuam guiados pelas próprias convicções enviesadas em condicionamentos culturais.

As perspectivas de proteção da mulher nesse contexto, até o momento, podem ser vislumbradas a partir da Resolução editada pelo CNJ neste ano de 2023, que prevê a uniformização nacional dos atendimentos, o estabelecimento de um fluxo básico a ser seguido e a capacitação de magistrados e servidores do Judiciário. A referida capacitação deverá abranger também as áreas da saúde e da assistência social, devendo versar sobretudo ao que

tange à diferenciação entre os conceitos de abandono negligente e de entrega voluntária, como tão bem aponta o Manual produzido pelo CNJ (2023).

Talvez seja necessário ainda refletir sobre um trabalho pedagógico a ser realizado com a própria população, no qual a temática possa ser amplamente difundida e esclarecida, com o fito de facilitar a compreensão de que a ideia de vinculação afetiva entre mãe e criança advém mais de uma construção intersubjetiva do que de uma herança biológica, o que inclusive confere validação à maternidade por meio da adoção. Esta ação poderia ser desenvolvida por profissionais dos setores técnicos do judiciário (psicólogos e assistentes sociais), os quais diuturnamente trabalham na garantia de direitos relacionados ao tema da adoção e, além disso, estão na linha de frente quando se trata do instituto da entrega voluntária.

Encontrar trabalhos científicos que tratem do tema da violência institucional atrelado, especificamente, ao tema da entrega voluntária do filho para a adoção foi uma dificuldade enfrentada ao longo do presente estudo. Tal situação possivelmente ocorra pelo fato de a temática ser considerada nova ou, de outro modo, ser uma situação tão pouco aceita pela população que as discussões em seu entorno são veladas, vindo à tona apenas em situações como a ocorrida no ano de 2022 com a atriz Klara Castanho, quem teve seus direitos violados quando optou por entregar legalmente seu filho recém-nascido para adoção.

Por fim, considerando que a Resolução n. 485/2023 do CNJ é deveras recente, ponto relevante a ser estudado em pesquisas futuras será averiguar a efetividade das suas prerrogativas, como a uniformização nacional dos atendimentos, o funcionamento do fluxo delineado e a ocorrência das capacitações elencadas.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, J. M. de *et al.* Violência institucional, direitos humanos e autoridade tecno-científica: a complexa situação de parto para as mulheres. **Interface - Comunicação, Saúde, Educação [online]**, v. 24. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/Interface.200231>. ISSN 1807-5762. Acesso em: 31 mai. 2023.

ALBUQUERQUE, E. F. *et al.* O papel da mulher vítima de violência: um estudo da violência institucional no âmbito processual penal. **Direito, economia e sociedade**, p. 13, 2022.

BADINTER, E. **Um amor conquistado**: o mito do amor materno. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federal do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: Acesso em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 18 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.431**, de 04 abr. 2017. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 jul. 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm. Acesso em 31 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.906**, de 13 jul. 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 22 mar. 2023.

BRASIL. **Lei 14.245**, de 22 de novembro de 2021. Altera os Decretos-Leis nos 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), para coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas e para estabelecer causa de aumento de pena no crime de coação no curso do processo (Lei Mariana Ferrer). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14245.htm. Acesso em: 20 de mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.321/22**, de 31 de março de 2022. Altera a Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, para tipificar o crime de violência institucional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Lei/L14321.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2014.321%2C%20DE%2031,o%20crime%20de%20viol%C3%Aancia%20institucional. Acesso em: 15 mar. 2023

BRASIL. **Lei nº 11.340**, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 20 abr. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 9603**, de 10 de dezembro de 2018. Regulamenta a Lei nº 13.431, de 4 abr. 2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9603.htm. Acesso em 19 mar. 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 1.836**, de 30 de junho de 2022. Altera a Lei nº 8.069, de 13 jul. 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para dispor sobre a divulgação de informação relativa à mãe ou gestante que entregue ou manifeste interesse em entregar seu filho para adoção. Brasília: Senado Federal, 2022. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/153874>. Acesso em: 25 jul. 2023.

COFEN se solidariza com a atriz Kara Castanho e determina a apuração do caso. Cofen, 26 de junho de 2022. Disponível em: http://www.cofen.gov.br/cofen-se-solidariza-com-a-atrizklara-castanho-e-determina-apuracao-do-caso_100211.html Acesso em: 27 jul. 2023

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Manual sobre entrega voluntária**. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/06/manual-entregavoluntaria-23-05-09.pdf> Acesso em: 01 jun. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 485**, de 18 de janeiro de 2023. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1451502023012663d29386eee18.pdf> Acesso em: 02 mar. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 254**, de 4 de setembro de 2018. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_254_04092018_05092018142446.pdf. Acesso em: 20 jun. 2023.

CORTES, J. *et al.* A educação machista e seu reflexo como forma de violência institucional. SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE EDUCAÇÃO NO MERCOSUL, 17. **Anais[...]**, 2015. Disponível em: <https://home.unicruz.edu.br/mercosul/pagina/anais/2015/1%20-%20ARTIGOS/A%20EDUCACAO%20MACHISTA%20E%20SEU%20REFLEXO%20COMO%20FORMA%20DE%20VIOLENCIA%20INSTITUCIONAL.PDF> Acesso em: 25 maio 2023.

COSTA, A.G. P. A entrega consciente de crianças para a adoção legal à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, v. 10, n. 1, p. 27-44, 2018.

CUNHA, R.S.; ALBECHE, T.S. G. **O crime de violência institucional**. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2022/05/12/ocrime-de-violencia-institucional/>) Acesso em: 31 maio 2023.

EM CARTA, Klara Castanho diz que foi violentada não só pelo homem que a estuprou, mas também pelo julgamento das pessoas. **G1. Fantástico**, 26 jun. 2022. Disponível em: <http://glo.bo/3P5AR4a>. Acesso em: 15 jun. 2023

FARAJ, S. P. *et al.* Quero entregar meu bebê para adoção: o manejo de profissionais da saúde. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**, v. 32, n. 1, p. 151-159, jan./mar. 2016.

KLARA Castanho inspira projeto de lei que pune quebra no sigilo na entrega de bebê para adoção. **UOL** São Paulo, 27 de junho de 2022. Disponível em: <https://f5.folha.uol.com.br/televisao/2022/06/klara-castanho-inspira-projeto-de-lei-que-pune-quebra-de-sigilo-na-entrega-de-bebe-para-adocao.shtml> Acesso em: 27 jul. 2023.

KLARA Castanho lança Carta Aberta sobre violência sofrida. **Blog do Lauriberto**, 26 de junho de 2022. Disponível em: <https://www.blogdolauriberto.com/2022/06/klara-castanolanca-carta-aberta-sobre.html>. Acesso em: 18 jul. 2023.

LADEIA, Priscilla Soares dos Santos; MOURÃO, Tatiana Tscherbakowski; MELO, Elza Machado de. O silêncio da violência institucional no Brasil. **Rev Med Minas Gerais**, v. 26, n. Supl 8, p. S398-S401, 2016.

LEAO, F. E. *et al.* Mulheres que entregam seus filhos para adoção: um estudo documental. **Rev. Subj.**, Fortaleza, v. 14, n. 2, p. 276-283, ago. 2014. Disponível em: <http://>

pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-07692014000200010&lng=pt&nrm=iss. Acesso em: 25 abr. 2023

MACIEL, K. R. F. L. A. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente:** aspectos teóricos e práticos. Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553621800. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553621800/> . Acesso em: 12 jul. 2023.

MACIEL, M. A.; CRUZ, F. M. L. **Do abandono de crianças à entrega para adoção:** aspectos históricos e legais. Disponível em: https://scholar.googleusercontent.com/scholarq=cache:FJ9xJU3N9LcJ:scholar.google.com/%22do+abandono+de+crianças+à+entrega+para+adoção:+aspectos+hísticos+e+legais%22&hl=pt-BR&as_sdt=0,5. Acesso em: 31 maio 2023

MEDEIROS, A. P; ANDRADE, M. L. de; COSTA-DALPINO, L. R. de S. Maternidade e entrega de um bebê para a adoção: um estudo de caso. **Pensando fam.** Porto Alegre, v. 25, n. 2, p. 129-142, dez. 2021. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-494X2021000200010&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 25 maio 2023.

MEDEIROS, D. O. DE; MOZDZENSKI, L. "Não quero ser mãe, não estou pronta": a entrega legal para adoção e a (re)produção do cativo da madrepós nas narrativas jornalísticas. **Prag MATIZES - Revista Latino-Americana de Estudos em Cultura**, v. 13, n. 24, p. 28-52, 1 mar. 2023.

MORAES, F. **PL que assegura à gestante o sigilo sobre a entrega de bebê à adoção é aprovado pela CAS.** (<https://www.cl.df.gov.br/-/projeto-que-assegura-a-gestante-o-sigilosobre-a-entrega-de-bebe-a-adocao-e-aprovado-pela-cas>). Acesso em: 26 jul. 2023.

NOTA de Solidariedade à atriz Klara Castanho. **Senado Federal**, 27 de junho de 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/comum/nota-desolidariedade-a-atriz-klara-castanho>. Acesso em: 27 jul. 2023

NOTA Oficial: solidariedade a Klara Castanho. FENAJ, 27 de junho de 2022. Disponível em: <https://fenaj.org.br/nota-oficial-solidariedade-a-klara-castanho/>. Acesso em: 27 jul. 2023

OMS - ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Relatório Mundial sobre Violência e Saúde.** 2002. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-03942006000300009. Acesso em 20 de março de 2023.

PROJETO DE LEI que assegura à gestante o sigilo sobre a entrega de bebê a adoção é aprovado pela CAE. **CLDF**, 26 abr. 2023. Disponível em: <https://www.cl.df.gov.br/-/projeto-queassegura-a-gestante-o-sigilo-sobre-a-entrega-de-bebe-a-adocao-e-aprovado-pela-cas>. Acesso em: 26 jul. 2023

RESENDE, D. K. Maternidade: Uma construção histórica e social. **Pretextos - Revista da Graduação em Psicologia da PUC Minas**, v. 2, n. 4, p. 175 - 191, 5 jun. 2017.

SÃO PAULO. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. **Projeto de Lei nº 396**, de 28 de junho de 2022. Garante à gestante o direito ao sigilo de informações sobre o nascimento e o processo de entrega da criança para adoção. São Paulo: ALESP, 2022. Disponível em:

<https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1000449541&tipo=1&ano=2022>. Acesso em: 26 jul. 2023.

SÃO PAULO (estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Política de Atenção à Gestante**: Apoio profissional para uma decisão amadurecida sobre permanecer ou não com a criança. TJSP. 2015. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/Pdf/CartilhaGestante2015.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2023

TAQUETTE, S. (org). **Mulher adolescente/jovem em situação de violência**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres; 2007.

TENORIO, E. M. *et al.* Reflexões sobre o protagonismo da mulher na entrega voluntária de recém-nascidos/as. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE ASSISTENTES SOCIAIS, 16. **Anais [...]** n. 1, 2019. Disponível em: <https://broseguini.bonino.com.br/ojs/index.php/CBAS/article/view/1569> Acesso em: 16 abr. 2023.