

# conceito jurídico

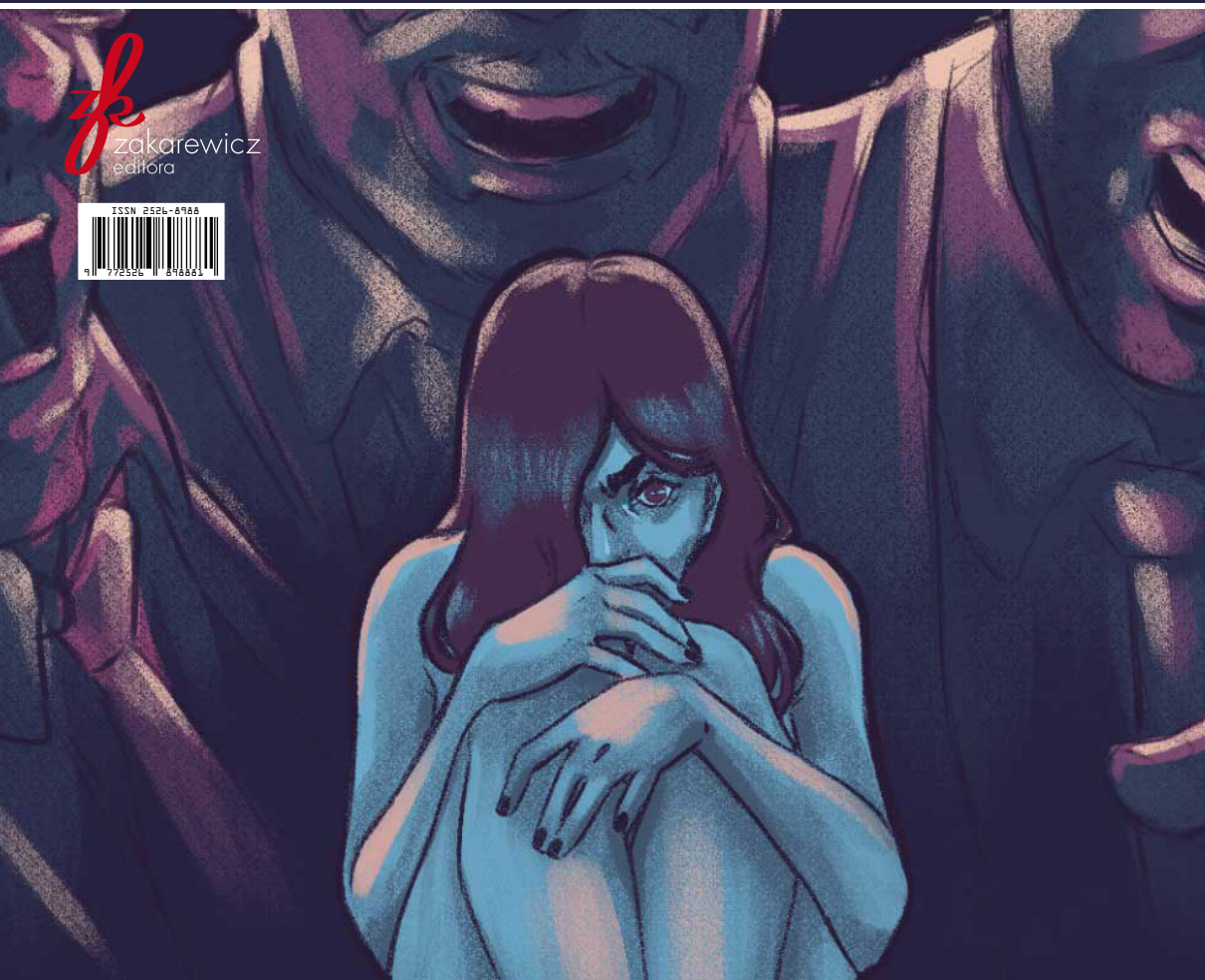
ano VI | abril de 2022 | nº 64



Samanta Pineda

Crise hídrica não é apenas um problema de falta d'água e precisa de um olhar ambiental **Pág. 6**

 zakarewicz  
editora



## Reflexões sobre o crime de violência institucional



### CIÊNCIA JURÍDICA EM FOCO

Júlio Roberto de Souza  
Pinto

O estado de coisas  
constitucionais



### TENDÊNCIAS

Mauro Roberto Gomes  
de Mattos

A nova Lei de Improbidade  
Administrativa e o reflexo no  
âmbito do Direito Eleitoral



### VISÃO JURÍDICA

José Renato Nalini

Suprema esperança ou  
suprema decepção?

# ASSINE

# conceito jurídico

À frente dos grandes  
temas jurídicos



## APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

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

## conceito jurídico

**EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL:** Adriana Zakarewicz

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

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

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

**Diretor Geral:** André Luis Marques Viana

**Revisão:** ZK Editora

**Arte e Diagramação:** Charles Design

**Marketing:** Diego Zakarewicz

**CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE**

Tel. (61) 3263-1362

**Redação e Correspondência**

artigos@zkeditora.com.br

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

**ANÚNCIOS**

comercial@zkeditora.com.br

**TODOS OS DIREITOS RESERVADOS**

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

  
zakarewicz  
editora



# A importância de negociar na pandemia

■ POR EMANUEL PESSOA

**E**mbora a sensação geral seja de que a pandemia acabou, dada a forte queda no número de mortos e de internados por Covid no país, o fato é que ainda precisamos lidar com diversas consequências econômicas dela.

Para uma grande parte da população brasileira e dos negócios em geral, isso significa enfrentar uma quantidade além da usual de endividamento. Afinal, a maioria das pessoas e das empresas, para conseguir atravessar a crise, precisou tomar dinheiro emprestado ou postergar pagamentos.

Efetivamente, a quase totalidade daqueles que precisaram fazer isso também recorreu a renegociações contratuais, a maioria das quais foi feita de forma amistosa, sem necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário na tentativa de obter uma liminar em ação revisional de contratos.

Assim, uma habilidade importantíssima para o dia a dia de todos, mas que muitas vezes era negligenciada, acabou assumindo um protagonismo imenso no período, a saber, a capacidade de negociar.

Na maior parte das vezes, negociadores inexperientes acreditam que uma negociação deve girar em torno do que as partes querem, enquanto isso, na verdade, toca apenas a superfície do problema, já que se duas pessoas dizem querer coisas distintas, a maior probabilidade é que elas sigam divergindo até que uma ceda, normalmente irritada com a perspectiva de não receber nada.

O correto é buscar entender os interesses envolvidos. Isso significa que a pergunta decisiva não é “o que você quer?”, mas “por que você quer isso?” É que, ao se entender o porquê de alguém defender uma determinada posição, é possível saber se outras coisas não iriam satisfazer essa pessoa.

Nessa toada, um exemplo bem clássico ensinado nas melhores aulas de negociação fala de dois irmãos, que brigam por uma laranja, até que um deles obtém a laranja para si, com a exclusão do outro. Ora, um deles queria a laranja para chupar o sumo, enquanto o outro queria a casca para fazer um bolo. A se interpretar literalmente o que eles querem (a laranja), apenas um pode sair satisfeito da negociação. Contudo, ao se investigar o interesse de cada um na laranja, ambos terminariam a negociação felizes.

Se é bem verdade que esse exemplo de satisfação integral mútua não se aplica a todos os casos, também é correto afirmar que a descoberta dos interesses envolvidos aumenta as possibilidades de que todas as partes consigam o que verdadeiramente querem, ao menos parcialmente. **■**



**EMANUEL PESSOA** é Advogado especializado em Direito Econômico. Mestre em Direito pela Harvard Law School, é Doutor em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo, Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

# SUMÁRIO

3

COM A  
PALAVRA

**A importância de negociar  
na pandemia**

Emanuel Pessoa

6

ENTREVISTA

**Crise hídrica não é apenas um  
problema de falta d'água e  
precisa de um olhar ambiental**

Samanta Pineda

9

PAINEL DO  
LEITOR

**Por um Novo Processo  
Administrativo no Brasil**

Alexandre Aroeira Salles

11

DIREITO E  
BIOÉTICA

**A relevância dos Comitês  
de Bioética**

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

13

PROPOSTAS E  
PROJETOS

**Evolução da telessaúde: maior  
segurança e respeito à autonomia  
de profissionais e pacientes**

Sandra Franco

16

PAINEL  
ECONÔMICO

**Criptomoedas e *exchanges*:  
conflitos e perspectivas**

Mariana Chaimovich e  
Thaís Zappellini

18

DESTAQUE

**Liberdade é um valor  
absoluto**

Luiz Fernando Lucas

20

CAPA

**O tratamento humanizado da  
vítima: Reflexões sobre o crime  
de violência institucional**

Celeste Leite dos Santos

24

CAPA

**A revitimização e o novo delito  
de abuso de autoridade**

Rômulo de Andrade Moreira

28

IN VOGA

**Os riscos do *homeschooling*  
para a educação básica  
no Brasil**

Leandro Madureira

31

ENFOQUE

**Novo decreto SAC é retrocesso  
e prejudica o consumidor**

Tatiana Viola de Queiroz

34

CIÊNCIA JURÍDICA  
EM FOCO

**O estado de coisas  
constitucionais**

Júlio Roberto de Souza Pinto

42

COMO DECIDEM  
OS TRIBUNAIS

**Direito ao esquecimento: das discussões no STJ à palavra final do STF**

Bruna Mirella Fiore Braghetto

44

GESTÃO  
EMPRESARIAL

**Crises Reputacionais: o grande dilema das empresas!**

Patricia Punder

46

CASOS  
PRÁTICOS

**A subjetividade do Direito que leva o Estado a indenizar o contribuinte com seu próprio dinheiro**

Flávio Christensen Nobre

48

CONTEXTO

**As polêmicas da urna eletrônica**

Francisco Gomes Júnior

50

OBSERVATÓRIO  
JURÍDICO

**Exercício das funções de agente de contratação, comissão de contratação e pregoeiro**

Jessé Torres Pereira Junior e  
Marinês Restelatto Dotti

56

PLANEJAMENTO  
FINANCEIRO

**A importância de receber dividendos... na hora certa!**

Fabio Sobreira

58

VISÃO JURÍDICA

**Suprema esperança ou suprema decepção?**

José Renato Nalini

70

PORTAL  
JURÍDICO

**Lesão corporal por misoginia ou violência doméstica contra a mulher**

Eduardo Luiz Santos Cabette

84

TENDÊNCIAS

**A nova Lei de Improbidade Administrativa e o reflexo no âmbito do Direito Eleitoral**

Mauro Roberto Gomes de Mattos

92

CONJUNTURA

**STF reconhece a constitucionalidade da norma limitadora de planejamentos tributários abusivos**

Mariana Apgáua

94

DOCTRINA

**Os precatórios judiciais – regime normal e especial – vinculação para o profissional da educação (Fundef/Fundeb)**

Flavio Corrêa de Toledo Junior

102

PONTO DE  
VISTA

**Justiça Social é um dever coletivo**

Cássio Faedo





*Samanta Pineda*

ARQUIVO PESSOAL

# Crise hídrica não é apenas um problema de falta d'água e precisa de um olhar ambiental

“Podemos definir a crise hídrica como um problema de abastecimento de água, mas também de energia, de transporte e como um problema no campo, afinal, a seca provocada pela escassez de água causa diversos impactos na produção de alimentos e fibras.” Mesmo sendo dono da maior reserva de água do planeta, o Brasil é um país que vem sofrendo constantemente com essa crise. Para a advogada Samanta Pineda, especialista em Direito Ambiental, palestrante internacional em eventos da ONU, como Circuitos Urbanos e COP-26, habilitada como coordenadora de Gestão Ambiental pela DGQ da Alemanha, professora de Direito Ambiental no MBA da FGV São Paulo e de Brasília, no INSPER/SP, na Fundação Escola Superior do MPRS e no IBDA (Faculdade CNA-Brasília), é necessário ampliarmos nossos debates sobre esse tema e termos uma visão mais crítica e ambiental, afinal, além de ser um problema de falta d'água, que é mais complexo do que imaginamos, a Crise Hídrica é também um problema que atinge fortemente o campo, por exemplo. Confira!

### **CONCEITO JURÍDICO** – *Como podemos definir a crise hídrica?*

**SAMANTA PINEDA** – Podemos definir a crise hídrica como um problema de abastecimento de água diretamente, mas também de energia, de transporte e como um problema no campo, afinal, a seca provocada pela escassez de água causa diversos impactos na produção de alimentos e fibras. Além disso, vivemos a lamentável guerra entre Rússia e Ucrânia, o que, além de outros efeitos nefastos, afeta o abastecimento de trigo e fertilizante, consequentemente, a produção de alimentos, ou seja, quando falamos em crise hídrica é necessário olhar para o tamanho desse problema e não apenas para a falta ou má distribuição de chuva.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Ou seja, esses problemas estão afetando não apenas uma parte da população, mas sim todo mundo?*

**SAMANTA PINEDA** – Quando não chove suficientemente por algum período, temos a falta de abastecimento das geradoras de energia e aplicação de bandeiras tarifárias, o racionamento de água em empresas e residências, há prejuízo da limpeza pública e tratamento de esgoto e, também fica prejudicado o campo muitas vezes com significativa quebra de safra, o que acarreta alta de preços e agrava a situação econômica. Todo esse processo acaba sendo um efeito cascata.

**CONCEITO JURÍDICO** – *A falta d'água é realmente muito mais complexa do que imaginamos?*

**SAMANTA PINEDA** – Pode parecer ironia falarmos de falta d'água quando vimos no começo do ano, o Rio de Janeiro, Minas Gerais, a Bahia e Goiás com fortes chuvas e enchentes, mas quando falamos de crise hídrica, temos que lembrar que não estamos falando apenas da falta de água, mas sim de uma má distribuição pluviométrica pelo país. Segundo o relatório da ONU “Desenvolvimento de Recursos Hídricos no Mundo”, estima-se que a utilização da água pode aumentar cerca de 1% a cada ano nas próximas três décadas e as águas subterrâneas se tornarão extremamente importantes, na medida em que as consequências da crise hídrica se agravam. Temos que ter em mente que o problema não é a falta d'água, mas sim a irregularidade do volume da chuva que cai. Portanto, é necessário que fiquemos atentos as causas dessas irregularidades.

**CONCEITO JURÍDICO** – *O que a Sr<sup>a</sup> nos falar sobre a irregularidade pluviométrica e suas causas?*

**SAMANTA PINEDA** – A irregularidade pluviométrica recente tem três causas principais: aquecimento global, que provoca eventos climáticos extremos, Convergência do Atlântico e o fenômeno climático, La Niña. Alguns desses problemas são conhecidos há muito tempo. Essas mudanças geram eventos climáticos intensos, ou seja, chuvas torrenciais e lugares com seca severa em outros. Isso não é novidade para ninguém! Há décadas estamos discutindo sobre mudanças climáticas e deveríamos ter um plano de mitigação para amenizar essa situação. Quando falamos sobre a Convergência do Atlântico e do La Niña, embora tenham efeitos diferentes, os dois acabam reduzindo as chuvas no país. Para um rápido entendimento, o La Niña acontece quando os ventos mais fortes exercem uma função sobre as águas quentes da superfície do Oceano Pacífico. Isso faz com que as águas frias, que ficam na parte submersa, subam para a superfície e resfrie a atmosfera. Já quando falamos sobre a Convergência do Atlântico, também conhecido como ZCAS por meteorologistas, queremos dizer que é uma faixa nebulosa carregada de nuvens, causando períodos intensos de chuvas. A combinação desses dois fenômenos climáticos, deixa em evidência uma desigualdade que estamos vivendo nos últimos anos: nordeste muito úmido, com altos índices de chuvas, enquanto o sul e o sudeste passam por longos períodos de seca.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Na sua opinião o que precisamos para lidar com essas mudanças?*

**SAMANTA PINEDA** – Nos próximos dez anos, nós vamos continuar tendo essa irregularidade em pelo menos, seis deles, e não vamos poder falar ‘poxa, quem imaginaria que isso ocorreria’ porque nós estamos vendo e vivendo essas mudanças. Temos aqui um problema de providência, não temos um plano, uma estratégia por parte dos governos para tratar esse problema! Nós precisamos de políticas climáticas, políticas agrícolas, hídricas e energéticas para que possamos lidar com essas mudanças.


**CONCEITO JURÍDICO** – *E quais são as consequências para o campo?*

**SAMANTA PINEDA** – Além de prejudicar estruturas de cidades, como foi o caso de Petrópolis no começo deste ano, e agora Paraty e Angra dos Reis, o campo também acaba sofrendo com essa crise hídrica, afinal, se um produtor rural quebra, ele pode não conseguir pagar o banco, que é quem financia os plantios. Não pagando, ele vai aumentando os juros conforme o tempo, o que dificulta ainda mais o pagamento e isso acaba se tornando uma crise econômica. Quando falamos do campo, nosso foco em primeiro lugar, é regularizar a política nacional de irrigação, afinal, esse é um procedimento que pode ajudar (e muito) o campo, já que há possibilidade de reservação de água para os momentos mais secos e de drenagem para os momentos de muita chuva. Nós temos uma lei, uma Política Nacional de Irrigação, mas ela nunca foi regulamentada. O decreto está lá, na mão do Governo, mas nada é feito.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Na sua visão, outro ponto importante para ajudarmos o campo nos momentos de crise hídrica, é deixar as leis ambientais mais ágeis, com o propósito de facilitar a emissão de uma licença, por exemplo?*

**SAMANTA PINEDA** – Sem dúvida alguma! Um exemplo claro dessa burocracia é o Plano de Irrigação do Jaíba, que foi desenvolvido em quatro fases e era para ter uma capacidade de irrigação de 100 mil hectares, mas por questões ambientais, só foi liberado 62 mil, pouco mais da metade do projeto. Temos que conciliar as questões de dificuldades ambientais com a gestão da crise hídrica, afinal, isso também é um assunto ambiental. Existe uma desconexão de política muito grande quando o assunto é crise hídrica no campo, e esse é um assunto que necessita de um debate mais amplo, mas claro, e lógico, de soluções também.

**CONCEITO JURÍDICO** – *O que falta para amenizarmos a crise hídrica?*

**SAMANTA PINEDA** – Na minha percepção, o problema da crise hídrica é perceptível e nós sabemos que isso vai acontecer de novo. Precisamos que as políticas sejam implementadas, levando em conta as dificuldades ambientais. A regulamentação da Lei de Política Nacional de Irrigação também é um importante instrumento para amenizarmos a crise, além disso, é necessário resolvermos a questão de um plano estratégico de longo prazo e isso não pode ser uma coisa de um governo apenas, deve ser um plano de estado. 





## Por um Novo Processo Administrativo no Brasil

■ POR ALEXANDRE AROEIRA SALLES

**“O esforço para aprimorar a legislação de Processo Administrativo deve se dirigir para seu dinamismo, unificação e modernização, garantindo maior segurança jurídica, proteção da confiança e eficiência na atuação do Poder Público.”**

Quando algum de nós, cidadã ou cidadão brasileiro, precisamos da Administração Pública dos Municípios, dos Estados e da União Federal, temos uma única certeza: vivenciaremos uma saga caótica. Não é novidade para ninguém que todos sofremos os efeitos da ineficiência do Poder Público, em especial quando tentamos sem sucesso mudar: uma equivocada multa de trânsito; uma decisão negativa de aposentadoria; ou um arbitrário ato bloqueando nossa entrada em parque público. É igualmente desesperador o silêncio eterno ou atraso infundável da Administração quando pedimos a ela que nos seja concedido um evidente direito, como a licença para construir uma casa ou um galpão.

Um dos principais motivos para tal situação é a ausência de um adequado Processo Administrativo no Brasil, que ordene os atos e

as decisões que precisam ser expedidas pelos mais de cinco mil municípios, os vinte e sete estados da federação e a União. Atualmente, cada uma dessas entidades públicas segue seus próprios procedimentos, muitas vezes sem adotar a boa técnica processual e nem mesmo os mais comezinhos princípios processuais previstos na nossa Constituição de 1988.


Além do caos em nossas vidas, tal lacuna prejudica o funcionamento do Poder Judiciário, que como se sabe não tem funcionado bem, em que pese enorme esforço de digitalização e aprimoramento da gestão coordenado pelo CNJ. Atualmente, a Justiça possui mais de 70 milhões de ações judiciais em trâmite, significativa parte delas decorrentes de litígios causados pelas falhas da Administração Pública durante os seus processos administrativos.

Por isso é muito salutar que o Senado da República e o Supremo Tribunal Federal tenham criado, uma comissão de juristas para propor um projeto de reforma à legislação processual administrativa nacional, visando modernizá-la e adotá-la dos meios adequados à satisfação do interesse público.

Há muito trabalho pela frente, mas é possível perceber que alguns anseios da academia, como adotar a atual Lei Federal nº 9.784/99 em uma lei de caráter nacional, introduzindo normas gerais de processo para todos os demais entes federativos, bem como enriquecê-la com regras que sigam os princípios da culpabilidade, irretroatividade, prescritibilidade, imparcialidade, presunção de inocência, segregação de funções, consensualidade, coisa julgada administrativa, efetivo contraditório e ampla defesa.

Interessante observar que há boas experiências internacionais que podem servir de inspiração, como o sistema espanhol de contencioso administrativo, a instituição da decisão coordenada na Itália, a figura do Ombudsman no Reino Unido e as recomendações e políticas da Organização para Cooperação ao Desenvolvimento Econômico – OCDE. Vale ainda mencionar algumas técnicas bem pensadas em Estados da federação que cuidaram de aprimorar seus sistemas processuais, podendo citar a título de exemplos: medidas cautelares administrativas em São Paulo; hipóteses de nulidades processuais na Bahia; necessidade de se implantar dosimetria na aplicação de penalidades no Rio de Janeiro; e os possíveis termos de ajuste de condutas no Paraná.

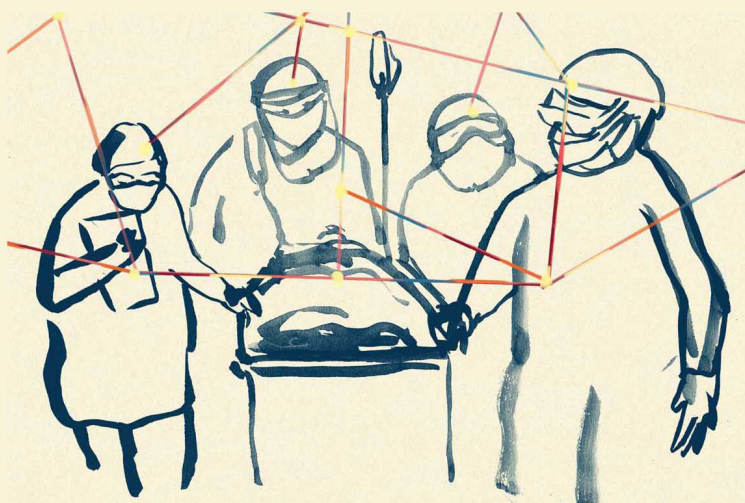
Não se pode olvidar dos avanços já alcançados nos últimos anos, com a introdução de relevantes normas (com influência para os processos administrativos) pelo Código de Processo Civil, pela Lei de Introdução ao Direito Brasileiro e pelas leis de Liberdade Econômica, das Empresas Estatais e das Agências Reguladoras.

Como salientado pelos Presidentes do STF, Luiz Fux, e do Senado Federal, Rodrigo Pacheco, no referido ato conjunto de criação da Comissão, o esforço para aprimorar a legislação de Processo Administrativo deve se dirigir para seu dinamismo, unificação e modernização, garantindo maior segurança jurídica, proteção da confiança e eficiência na atuação do Poder Público. 



ARQUIVO PESSOAL

**ALEXANDRE AROEIRA SALLES** é Doutor em Direito.



## A relevância dos Comitês de Bioética

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

**“Os fatos científicos muitas vezes se entrelaçam com contornos sociais aparentando uma certa coadivência na regulação ética das práticas humanas e exigem uma atuação compartilhada de um grupo que tenha sólida formação em humanidades, para extrair uma postura que seja considerada adequada e recomendada ao caso.”**

O conceito social da medicina não se resume exclusivamente na competência e na excelência do serviço prestado pelo profissional da *ars curandi*, mas envolve, também, relações interdisciplinares com outras ciências visando atender os reclamos advindos, não só da transformação social, como os resultantes dos incessantes avanços tecnológicos, que acarretam, inevitavelmente, implicações éticas, bioéticas, jurídicas, políticas e outras mais. No atual estágio da medicina – que antevê um futuro com considerável reestruturação nos cuidados médicos e na práxis dos profissionais – destaca-se a relevante função da Bioética.

Assim é que as novas tecnologias, que a cada dia vão se acumulando na área da saúde – quer sejam experimentais ou não – vão produzindo realidades diferentes no mundo exterior, provocando reflexo imediato no homem, seu destinatário exclusivo. Kant já traçava que o homem é o fim em si mesmo e não é recomendável


pelo ideal hipocrático promover a artificialização do ser humano e sim buscar um bom sinalizador para preservar a dignidade existente na pessoa individualizada, conforme preconiza a Constituição Federal.

Daí que surge a Bioética com seu ideal humanista como um espaço de reflexão congregando pessoas com diversas formações, não para conter o progresso técnico-científico, que é necessário e salutar, e sim direcioná-lo para acumular benefícios para a humanidade, tendo sempre em relevo o *primum non nocere*. A Bioética, desta forma, proporciona debates a respeito de temas atuais e provocativos a respeito de realidades até então desconhecidas e inéditas.

Tendo como foco as questões de Bioética presentes no dia a dia das instituições e dos profissionais de saúde, principalmente aquelas que causam inquietude acadêmica, o Conselho Federal de Medicina editou a Recomendação 8/2015, incentivando a criação, funcionamento e participação dos médicos nos Comitês de Bioética. Tais colegiados não se assemelham aos Comitês de Ética em Pesquisa (CEPs), regulamentados pela Resolução 466/2012 do Conselho Nacional da Saúde, que cuida do respeito e dignidade devidos aos participantes de pesquisas científicas envolvendo seres humanos.

O Comitê de Bioética, por sua vez, compreende um colegiado multiprofissional, envolvendo médicos e representantes de diversos setores da sociedade, com o objetivo de auxiliar na reflexão e na solução de questões relacionadas à moral e à Bioética que surgem na atenção aos pacientes. Daí que as funções prioritárias são: a) dispor sobre e subsidiar decisões sobre questões de ordem moral; b) sugerir a criação e a alteração de normas ou de documentos institucionais em assuntos que envolvam questões Bioéticas; c) Promover ações educativas em Bioética.

Seria – guardadas as proporções, pois o Comitê de Bioética não impõe decisão e nem pode emitir juízos de valor sobre práticas profissionais – uma plataforma administrativa para receber e analisar os conflitos de ordem ética, moral, religiosa ou de qualquer outra procedência. Basta ver que o princípio da autonomia da vontade do paciente ganhou considerável espaço no Código de Ética Médica, como, por exemplo, a deliberação a respeito do final da vida que, às vezes, colide com condutas médicas amparadas pelo princípio da beneficência ou até mesmo vai contra a vontade do representante e dos familiares do paciente.

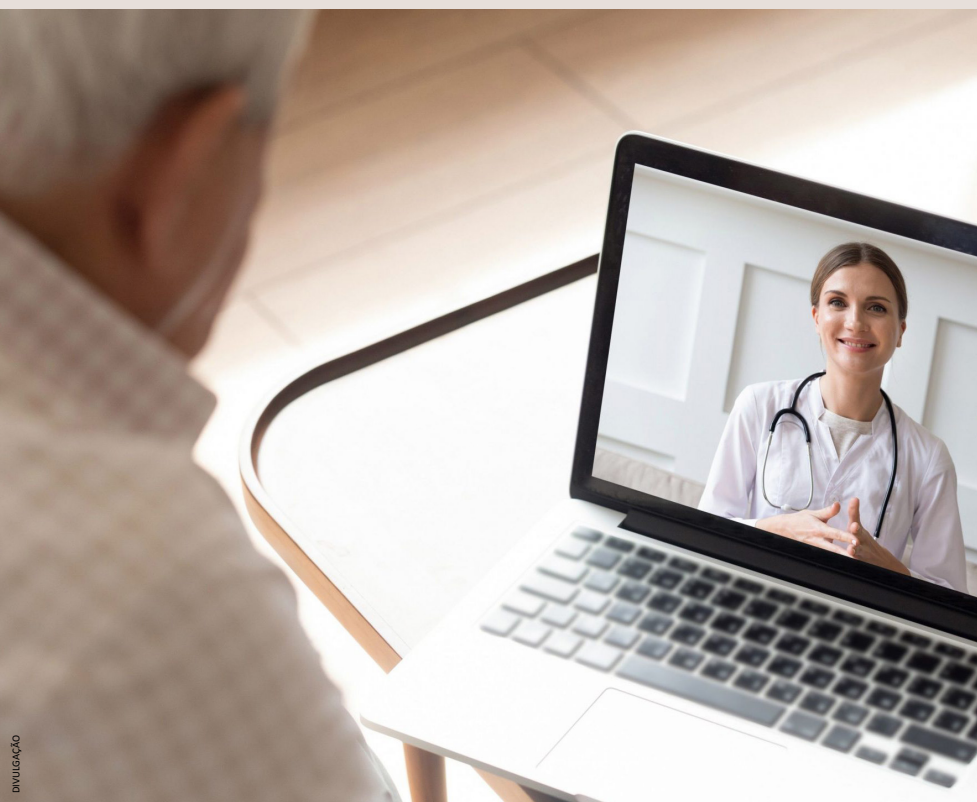
Isto porque os fatos científicos muitas vezes se entrelaçam com contornos sociais aparentando uma certa colidência na regulação ética das práticas humanas e exigem uma atuação compartilhada de um grupo que tenha sólida formação em humanidades, para extrair uma postura que seja considerada adequada e recomendada ao caso. Pode-se dizer que aí reside a marca identitária da Bioética e seu papel interventivo diante de um dilema que exige uma convergência de respostas. É a ética cívica indispensável para uma sociedade que avança destemida para um futuro que se guiará pelos mais complexos progressos biotecnológicos na área da saúde. 



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

# Evolução da telessaúde: maior segurança e respeito à autonomia de profissionais e pacientes

■ POR SANDRA FRANCO



**“Nos últimos dois anos, a telemedicina foi utilizada em duas entre cada três consultas. Ou seja, uma metodologia eficaz que se tornou a principal alternativa para que as pessoas não precisem ir presencialmente a hospitais e pronto socorros e que provou ser resolutive.”**



A regulamentação da telessaúde no país deu mais um passo importante na noite do último dia 27 de abril. Foi aprovado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 1.998/20 que autoriza a implantação de prestação remota de serviços na área da saúde, que engloba, além de telemedicina, o atendimento remoto em enfermagem, nutrição, fisioterapia e psicologia, por exemplo. O texto privilegiou a autonomia do paciente e do profissional da saúde, o que facilitará a implantação da teleconsulta no Brasil.

Trata-se de uma grande conquista e evolução do setor de saúde brasileiro. É a consolidação da Telemedicina que salvou muitas vidas e foi uma alternativa essencial para o enfrentamento da pandemia do Covid-19.

O texto aprovado traz um conceito mais amplo, que permite que todos os profissionais da área de saúde possam fazer esse atendimento à distância. Também privilegiou a autonomia do paciente e do profissional da saúde, o que significa que caberá ao médico decidir se a primeira consulta, por exemplo, será presencial ou remota.

Vale destacar a importância do Termo de Consentimento a fim de que o paciente tenha a compreensão dos limites e benefícios do atendimento à distância.

A proposta estabelece que “considera-se telessaúde a modalidade de prestação de serviços de saúde à distância, por meio da utilização das tecnologias da informação e da comunicação, que envolve, dentre outros, a transmissão segura de dados e informações de saúde, por meio de textos, sons, imagens ou outras formas adequadas”.

Outro ponto importante da proposta aprovada é que o sigilo do paciente deve estar totalmente resguardado. O texto tem um parágrafo exclusivo sobre a garantia da segurança dos dados do paciente que utilizar a telemedicina. Uma preocupação necessária com a confidencialidade dos dados, ao citar expressamente que seguirá as regras da LGPD, da Lei do Prontuário e o Marco Civil da Internet, o que deixa o paciente seguro para realizar uma teleconsulta, sem se preocupar com a exposição de seus dados na rede.

O único ponto que faltou nesse projeto, que pode ser incluído na análise do texto no Senado, foi a criação da obrigatoriedade de cada Estado destinar recursos exclusivos para a implantação da telessaúde. É essencial incluir um parágrafo que garanta essa destinação de verba exclusiva para a telessaúde nos Estados, pois assim teremos uma forma de incentivar a adoção imediata de projetos para ampliar e popularizar o atendimento virtual, o que ajudaria,



principalmente, as populações que ficam mais distantes das capitais para realizarem uma consulta com um profissional de qualquer área da saúde de uma forma ágil e sem precisar se deslocar por horas e quilômetros.

A telemedicina foi importante na pandemia e poderá ser ainda mais relevante se atingirem as metas de um melhor atendimento de saúde a população e melhor utilização de recursos do sistema.

A telemedicina ganhou força durante a pandemia da Covid-19. Conforme pesquisa realizada pela Associação Paulista de Medicina (APM) e pela Associação Médica Brasileira (AMB), metade dos profissionais brasileiros já aderiram à telemedicina. O levantamento mostrou que 32,1% dos médicos participantes afirmaram realizar teleconsulta com seus pacientes, por conta da pandemia. E 64,3% dos pacientes não somente aceitam a telemedicina, como gostam da modalidade.

Importante ressaltar que, nos últimos dois anos, a telemedicina foi utilizada em duas entre cada três consultas. Ou seja, uma metodologia eficaz que se tornou a principal alternativa para que as pessoas não precisem ir presencialmente a hospitais e pronto socorros e que provou ser resolutive.

Alguns números atestam que as consultas virtuais estão sendo utilizadas cada vez mais no país, como ocorreu no mundo. Segundo dados da pesquisa realizada pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic), pelo menos metade da população brasileira realizou serviços de saúde online nos últimos 12 meses.

De acordo com o levantamento, a telemedicina foi a alternativa mais utilizada entre as pessoas de maior renda, classes A e B, o que representa 42% de todas as pessoas que fizeram consultas online. Logo em seguida aparecem as classes C, com 22%, e as classes D e E, com 20% da demanda. A pesquisa contou com a participação de 5,5 mil pessoas acima de 16 anos e foi divulgada no último dia 5 de março.

O anúncio do final do estado de emergência em saúde pública pelo ministro da Saúde, Marcelo Queiroga, acelerou também a aprovação da telessaúde pelo Congresso Nacional. A discussão no Senado Federal é urgente para que não haja um estado de insegurança jurídica na sociedade com relação às teleconsultas, bem como se espera que seja publicada, muito em breve, pelo Conselho Federal de Medicina a nova Resolução sobre Telemedicina. Futuro chegou e regulamentado. **c**



ARQUIVO PESSOAL

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



## Criptomoedas e exchanges: conflitos e perspectivas

■ POR MARIANA CHAIMOVICH E THAÍS ZAPPELINI

**“A ausência de regulação sobre o tema gera uma série de dúvidas, fomentando um ambiente de instabilidade e insegurança jurídica.”**

**A** regulação de criptoativos tem sido objeto de atenção ao redor do mundo. Diferentemente das CBDCs (*Central Bank Digital Currencies*), que por definição se apresentam como moedas digitais de curso legal no país em que foram emitidas, cunhadas pelos Bancos Centrais nacionais, as criptomoedas têm sua emissão através de redes *blockchains*, portanto descentralizadas por natureza. Elas não são consideradas, na grande maioria dos países, moedas oficiais e, consequentemente, não representam passivo contra instituições financeiras.

Em outubro de 2021 nos EUA foi criado o fundo de investimento *Exchange Traded Fund* (ETF), negociado na bolsa de valores e ligado à bitcoin. Já na China, a mineração e as transações com criptoativos foram proibidas pelo governo central. El Salvador foi a primeira nação a considerar uma criptomoeda, a bitcoin, como de curso legal.

No Brasil, em 2017, através de comunicado assinado pelos diretores de Política Monetária e de Regulação, o Banco Central (BC) alertava sobre os riscos das operações de guarda (custódia) e negociação das moedas virtuais, indicando que elas “não são emitidas nem garantidas por qualquer autoridade monetária, por isso não têm garantia de conversão para moedas soberanas, e tampouco são lastreadas em ativo real de qualquer espécie, ficando todo o risco com os detentores. Seu valor decorre exclusivamente da confiança conferida pelos indivíduos ao seu emissor”.

Apesar do alerta, uma série de projetos de lei sobre o assunto tramitam há anos no país, dentre os quais vale a pena destacar o PL 2303/2015 – aprovado com alterações no Plenário da Câmara dos Deputados, no ano passado, que busca regulamentar as criptomoedas, conceituando a prestação de serviços de ativos virtuais

no Brasil, bem como determinando a disciplina das moedas virtuais e dos programas de milhagens aéreas pelo BC e a sua fiscalização pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf).

Além dele, há o PL 3825/2019, que prevê diretrizes para a prestação de serviços envolvendo ativos virtuais. Também, o PL 3949/2019, que dispõe sobre transações realizadas com moedas virtuais e acerca das condições para o funcionamento das *exchanges* (corretoras de ativos virtuais), definindo crimes contra o sistema financeiro nacional.

Ambos tramitam em conjunto com o PL 4207/2020, que trata de ativos virtuais e pessoas jurídicas vinculadas a atividades de intermediação, custódia, distribuição, liquidação, transação, emissão ou gestão destes, além de crimes relacionados a fraudes com ativos virtuais. Em sua justificativa, a autora do PL, senadora Soraya Thronicke (PSL/MS), cita a necessidade de se alterar a Lei de Lavagem de Dinheiro, de modo a cadastrar as *exchanges*, para que elas possam reportar operações suspeitas ao Coaf, ampliando, assim, o controle e o combate a esse tipo de crime.

As *exchanges* são intermediadoras, por meio das quais é possível comprar, vender e trocar criptomoedas. A Receita Federal do Brasil define que uma exchange de criptoativos é “pessoa jurídica, ainda que não financeira, que oferece serviços referentes a operações realizadas com criptoativos, inclusive intermediação, negociação ou custódia, e que pode aceitar quaisquer meios de pagamento, inclusive outros criptoativos” (art. 5º, II, da Instrução Normativa nº 1.888/2019).

Assim, as *exchanges* são espécie de prestadoras de serviços, que funcionam mediante a cobrança de taxa ou comissão sobre as operações em ambientes virtuais. Porém, diferentemente das corretoras de valores e de câmbio, elas ainda não são supervisionadas pelo BC nem pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

Logo, como fica o funcionamento, em termos legais, dessas *exchanges* no Brasil? Embora não sejam regulamentadas, estão sujeitas à declaração de participação e tributação. E a Receita Federal exige, desde 2019, que as *exchanges* informem as movimentações de seus clientes (Instrução Normativa nº 1.888).

Outra pergunta a ser levantada é: quais as taxas aplicáveis para as atividades das *exchanges*? Como ficam saques e depósitos? Realizam elas um tipo *sui generis* de corretagem? O fato é que a ausência de regulação sobre o tema gera uma série de dúvidas, fomentando um ambiente de instabilidade e insegurança jurídica, que as proposições legislativas mencionadas neste artigo procuram sanar. Nosso papel, como integrantes da sociedade civil organizada, é, justamente, fomentar o debate e a discussão para auxiliar os tomadores de decisão a deliberarem mais bem informados a respeito desse tema tão complexo, com consequências tão prementes para a economia nacional e, portanto, para a sociedade brasileira como um todo. 🇧🇷

ARQUIVO PESSOAL



**MARIANA CHAIMOVICH** é Advogada, legal advisor no ITCN (Instituto de Estudos Estratégicos de Tecnologia e Ciclo de Numerário), colaboradora do Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação da FGV, mestre em Direito Internacional pela USP e doutora pelo Instituto de Relações Internacionais da mesma instituição.

ARQUIVO PESSOAL



**THAÍS DUARTE ZAPPELINI** é Advogada, consultora de Relações Governamentais no ITCN (Instituto de Estudos Estratégicos de Tecnologia e Ciclo de Numerário), mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM) e doutoranda em Direito na UPM.

# Liberdade é um valor absoluto

■ POR LUIZ FERNANDO LUCAS

**“Para ser inteiro, íntegro, é preciso ser livre. É o último degrau para a expansão total da consciência, iluminação ou para a integridade, é a consciência de ser absolutamente livre.”**

**L**iberdade é o primeiro desejo consciente de todo ser humano. Antes dela, há apenas os desejos que o corpo por si só manifesta inconscientemente: a fome, o sono, as necessidades fisiológicas e as vontades básicas.

Ao tomar consciência de si, num movimento natural como o das tartarugas que procuram o mar ao nascer, o ser humano mesmo sem saber racionalmente o porquê, inicia sua jornada pela conquista de sua própria liberdade.

Busca de todos os povos oprimidos, reinados e famílias destronadas. Qualquer ser humano deixa de ser livre quando tolhido da sua possibilidade de ir e vir, sem ter que pedir permissão, sem temer qualquer pessoa, lei ou risco de punição.

VALOR ABSOLUTO, sem oposto ou contrário.

Liberdade simplesmente é. Sem passado ou futuro, apenas é.

Não apenas o ir e vir. Mas a restrição ou cerceamento de liberdade impregna na alma, na memória, na pele daqueles que passaram por situações extremas.

Mais cruel do que a restrição à liberdade do corpo é a limitação da liberdade da mente.

Nelson Mandela foi um dos seres que ancorou o valor da liberdade no mundo. E alguns de seus ensinamentos ecoam na eternidade. “Quando eu saí em direção ao portão que me levaria à liberdade, eu sabia que, se eu não deixasse minha amargura e meu ódio para trás, eu ainda estaria na prisão”, disse ele.

“Ser livre não é apenas quebrar as próprias correntes, mas viver de uma maneira que respeite e aumente a liberdade dos outros”, afirmou em outra ocasião. “Quando é negado a um homem o direito de viver a vida que acredita, ele não tem escolha, a não ser se tornar um fora da lei.”

O Brasil tem na história o maior herói também um exemplo de busca incondicional pela liberdade. Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, ancorou no país a liberdade, e cabe ecoar dentro de cada um essa liberdade e fazer da manifestação esse valor, esse princípio.

“Pois seja feita a vontade de Deus. Mil vidas eu tivesse, mil vidas eu daria pela libertação da minha pátria!”, afirmou Tiradentes.

Acredita-se que antes de morrer, Joaquim da Silva Xavier disse: “Jurei morrer pela independência do Brasil, cumpro a minha palavra!”

Liberdade liberta das dores, dos carmas, das doenças. Isso pode parecer exagero a uma mente ainda não liberta, mas encontrará eco quanto mais próximo um ser estiver próximo de sua integridade.

Um ser livre é um ser íntegro.

Livre na acepção da palavra. Livre por completo, por inteiro. Livre, não importando as condições ou circunstâncias. Livre no corpo, na mente, nas emoções e no espírito ou na consciência.

E a Liberdade, como tal, faz recordar quem é. Auxilia na evolução.

Escravidão existe onde as pessoas aceitam a condição, porém nunca concordam com ela. Também existem casos em que as pessoas nem se dão conta de que são escravas, estão inconscientes de sua falta de liberdade. A história do mundo está cheia de exemplos, dos mais remotos aos mais atuais, infelizmente.

Um exemplo é o de um colar no pescoço. Um colar pode ser amuleto e pingente. Mas também pode ser uma coleira que aprisiona. Traz a beleza ou a vaidade. A riqueza ou a luxúria. Pois tudo na vida é dual, a não ser os valores absolutos.

Liberdade é um estado de espírito. Um estado do ser.

Quando um ser está inteiro, ao olhar os problemas ao redor, que são temporários, relativos, aparentes, circunstanciais, os entende como degraus para sua própria evolução, já não está mais refém ou escravo deles.

E, assim, sobe cada um dos degraus das aparentes ou mais profundas dificuldades, se libertando das amarras mentais, emocionais, sociais, legais, de crenças e limitações autoimpostas.

Liberdade é uma condição que independe do que está fora. Pois, se você sentir que algo o aprisiona, na sua mente, nas suas emoções, sinto dizer que então você continua escravo de si próprio – das crenças, dos ensinamentos, dos dogmas, da cultura e de tudo mais que lhe foi imposto ou aceito por você mesmo.

O chamado é olhar se existe algo que é escravo na natureza. Reflita sobre isso.

O momento agora é de expansão de consciência, de evoluir para o *homo conscious*. A Era da Integridade propicia a vibração pela luz, pelo amor e não mais a necessidade de se ficar preso, escravo de si próprio. Cabe a cada um tomar consciência e ir em busca de sua real liberdade.

O ser espiritual, consciente, livre que é, tem o livre-arbítrio para sair da lei do carma e da Roda de Samsara infinita. É só uma questão de decisão. Cindir com o que tinha e marcar a cisão para ser quem realmente você é: um ser LIVRE.

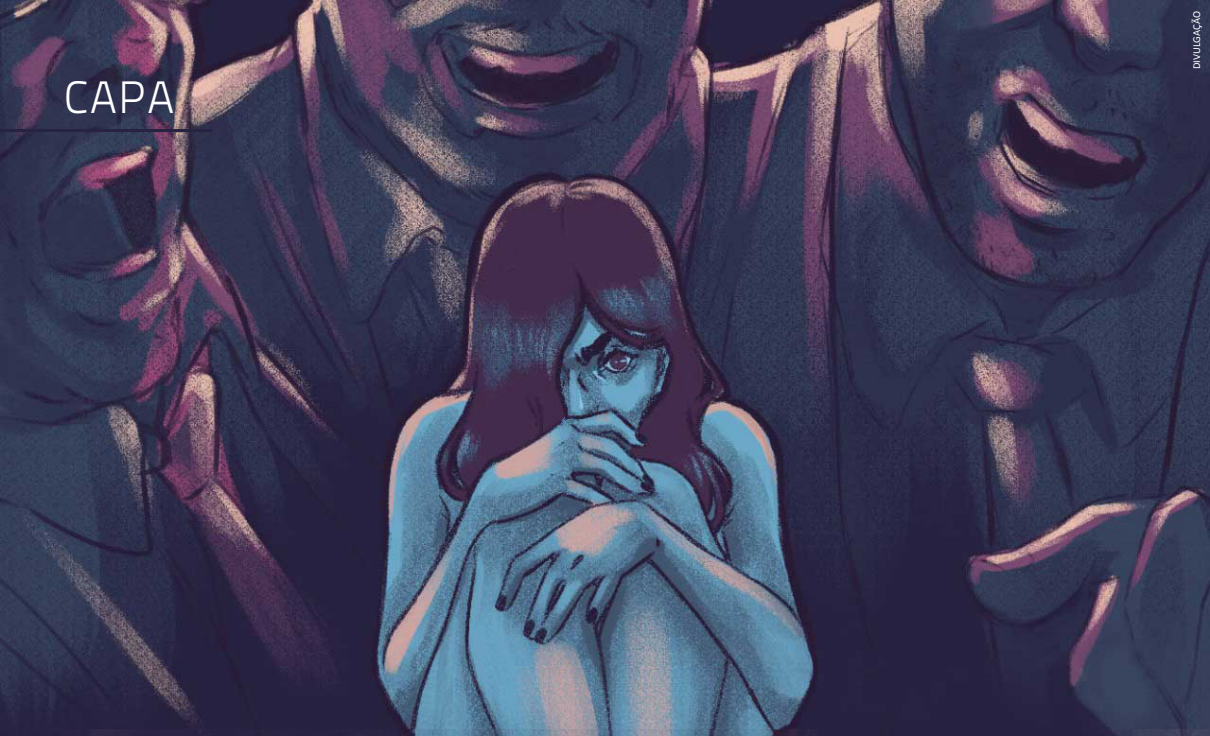
Para ser inteiro, íntegro, é preciso ser livre. É o último degrau para a expansão total da consciência, iluminação ou para a integridade, é a consciência de ser absolutamente livre.

LIBERDADE, use com moderação. 🚫



**LUIZ FERNANDO LUCAS** é especialista em Cultura de Valores e autor do livro 'A Era da Integridade - Homo Conscious - A Próxima Evolução'.





## O tratamento humanizado da vítima: Reflexões sobre o crime de violência institucional

■ POR CELESTE LEITE DOS SANTOS

**“Não é preciso ser técnico para saber que reviver a experiência traumática sofrida como vítima de crime ou vivenciada pela testemunha de crimes violentos implica na reiteração de atos (nova oitiva judicial) e, portanto, são invasivos, repetitivos e desnecessários.”**

**R**ecentemente tivemos a aprovação da Lei nº 14.321, de 31 de março de 2022 que inclui a vitimização secundária e o tratamento vexatório dispendido a testemunhas dentre as hipóteses de crime de abuso de autoridade. Em termos leigos, o novo dispositivo penal adota fórmula simbólica de constrangimento dos poderes instituídos, ao invés de tratar o cerne da questão: a ausência de reconhecimento de direitos das vítimas em nosso ordenamento jurídico e capacitação em conteúdo preventivo ao trauma por todos aqueles que intervenham na cadeia de acolhimento de vítima de crimes, desastres naturais e calamidades públicas. De acordo com o novel dispositivo:

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.”

*Ad primum*, temos que a política pública instituída é o tratamento humanizado às vítimas de crimes, violentos ou não e; proteção as testemunhas de crimes violentos, como casos de extorsões mediante sequestro, roubo, estupro e outros delitos praticados com violência. A iniciativa fortalece a urgência na regulamentação do Estatuto da Vítima (PL 3890/2020) que aguarda seja pautado pelo Presidente da Câmara dos Deputados Arthur Lira. O Direito Penal Contemporâneo privilegia fórmulas preventivas à prática de crimes, em suas dimensões geral (sociedade) e especial (individual) em detrimento de fórmulas de tendência retributiva. Isso implica na adoção de nova cultura que contemple capacitações dos agentes públicos e, além disso, superação da visão do processo penal como uma relação binária entre Estado e Ofensor, contemplando os demais sujeitos intervenientes do processo, tais como as vítimas e testemunhas. Tal lógica é coerente com o Estado Social e Democrático de Direito, uma vez que os membros integrantes da sociedade não são súditos sob os quais o Estado detém o poder sobre sua autonomia privada, mas cidadãos e, portanto, mercedores de dignidade e respeito.

*Ad secundum*, o verbo utilizado reduz drasticamente as hipóteses de sua aplicação prática, pois submeter significa anular a autodeterminação da vítima ou testemunha, por meio da dominação, sujeição ou por esta estar subjugada; ou reduzir sua esfera de liberdade a obediência, dependência. Em outros termos, seria render a vítima ou testemunha ao crivo do delegado, promotor de justiça, defensor público, advogado ou juiz responsáveis pela prática do ato. O meio de execução desse crime seria os procedimentos repetitivos, desnecessários ou invasivos. A correta exegese desse novel diploma legal seria o de impedir a reiteração dos procedimentos levados a cabo durante a fase administrativa conduzida pela autoridade policial ou Ministério Público, devendo haver motivação adequada dos atos requeridos em juízo – v.g., se a vítima foi ouvida perante a autoridade policial e o seu depoimento foi gravado, não há qualquer dúvida quanto ao exato teor de sua manifestação de vontade, sendo descabido que o promotor de justiça, defensor público ou advogado insistam na sua oitiva em juízo, salvo se houver apresentação de motivação adequada.

Em outras palavras, a iniciativa legislativa implica na admissão de que alcançamos estágio civilizatório em que ao invés de se presumir a ilegalidade dos atos praticados na fase inquisitorial, deve-se presumir a sua legalidade, devendo as partes ter o ônus de indicar qual seria o ponto de dúvida, contradição ou complementação que reputam necessária a nova oitiva, sem que isso

implique em mera reiteração. Não é preciso ser técnico para saber que reviver a experiência traumática sofrida como vítima de crime ou vivenciada pela testemunha de crimes violentos implica na reiteração de atos (nova oitiva judicial) e, portanto, são invasivos, repetitivos e desnecessários. A frágil alegação de direito a contraditório tampouco pode servir de escudo para a prática da violência estatal, já que este não pode ser imotivado ou vil, mas se fazer acompanhar da justificativa pertinente.

*Ad tertium*, o dispositivo vincula expressamente o novo tipo penal aos crimes de abuso de autoridade definidos pela Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019 que considera autoridade agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído. Para tanto, se faz necessária a presença de finalidade específica (dolo específico) de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal. Ao definir os sujeitos ativos, a lei de abuso de autoridade esclarece que se trata de crimes próprios, a saber:

Art. 2º É sujeito ativo do crime de abuso de autoridade qualquer agente público, servidor ou não, da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território, compreendendo, mas não se limitando a: I – servidores públicos e militares ou pessoas a eles equiparadas; II – membros do Poder Legislativo; III – membros do Poder Executivo; IV – membros do Poder Judiciário; V – membros do Ministério Público; VI – membros dos tribunais ou conselhos de contas. Parágrafo único. Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em órgão ou entidade abrangidos pelo *caput* deste artigo (grifamos).

A Constituição da República coloca a advocacia como indispensável para a administração da justiça, sendo inviolável por suas manifestações e atos (art. 133, CR). Com relação a essa inviolabilidade do advogado, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da 3ª e 4ª Turma já vinha estabelecendo limites, ao indicar que essa imunidade não dá o direito a ofensa a qualquer das partes intervenientes no inquérito policial ou processo, fixando ainda indenização por danos morais. Pela nova sistemática estabelecida pela Lei de Abuso de Autoridade, podem esses ainda responder pela prática desse crime, já que não exercem função privada, mas *múnus público*, sendo função essencial a administração da própria justiça. Logo, devem ser considerados também como incluídos na nova sistemática instituída pela lei que criou o crime de violência institucional.


Soma-se a esse entendimento o fato de que a dialética processual adotada determina que as partes devem formular seus questionamentos diretamente a vítima e testemunhas, *in verbis*:

Artigo 212. as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não

tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

Logo, o nosso sistema privilegia o sistema acusatório, no qual a inércia judicial é tida como uma das garantias do acusado a um julgamento justo. Tal sistemática, implica maior responsabilidade dos demais sujeitos intervenientes no processo, seja a acusação pública, privada (queixa-crime) ou do lado defensivo.

De se destacar ainda a previsão da prática da modalidade omissiva imprópria pela qual além das práticas dos atos anteriores o promotor de justiça, juiz de direito ou autoridade pública permita que terceiro intimide vítima de crime violento causando revitimização. Porém, a sistemática adotada pelo legislador nos parece que inviabiliza por completo a sua possibilidade de aplicação prática. Além de não prever a modalidade culposa, poderíamos imaginar, por exemplo, uma audiência de estupro no qual são formuladas perguntas misóginas relacionadas a virgindade ou recato da vítima. Por se tratar de delito instantâneo o máximo que se pode exigir é que o promotor de justiça solicite o indeferimento da pergunta e o juiz aceite o requerimento ou vede a sua resposta de ofício, consoante aliás já havia a previsão do art. 212 do Código de Processo Penal. Portanto, consumada a revitimização a resposta à pergunta indevida constituiria mero exaurimento do crime. Ainda que assim não fosse não consigo imaginar hipótese em que a autoridade tenha o dolo específico de permitir a intimidação da vítima ou o faça por mero capricho. Nessa linha de raciocínio, a revitimização por violência institucional exigirá a existência de duas condutas comissivas, não havendo que se falar em crime de violência institucional em razão de conduta omissiva imprópria. A majorante prevista, portanto, é incompatível com a sistemática da Lei de Abuso de Autoridade e, data máxima vênia, não andou bem o legislador ao vinculá-lo ao referido diploma legislativo.

Por fim, a última crítica que se faz ao novo tipo penal é a ausência de previsão da violência institucional praticada *interna corpore*, ou seja, contra um membro do Ministério Público, autoridade policial, membro do Poder Judiciário, membro do Congresso Nacional ou integrante do Poder Executivo visando dissuadi-lo de tomar as medidas cabíveis diante de quadro de vitimização sofrida, ou ainda em razão de preconceito de raça e cor, em razão do sexo ou orientação sexual. Não podemos ignorar, por exemplo, que em matéria de paridade entre homens e mulheres, os detentores do poder de decisão ainda são na sua esmagadora maioria homens branco heteronormativos, o que permite concluir que de forma consciente ou não, a tendência a manutenção do *status quo* permanece evidente. 



ARQUIVO PESSOAL

**CELESTE LEITE DOS SANTOS** é Promotora de Justiça Gestora do Projeto de Acolhimento de Vítimas, Análise e Resolução de Conflitos (AVARC), Idealizadora do Estatuto da Vítima (PL n. 3.890/2020), Doutora pela USP, Mestre pela PUC/SP, Especialista pela Universidade de Coimbra e Escola Superior do Ministério Público de São Paulo e Membro do MPD.



# A revitimização e o novo delito de abuso de autoridade

■ POR RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

**“A vítima é levada a “repetir infinitas vezes, muitas vezes de forma obsessiva, narrativas ásperas e dolorosas relativas ao crime, refazendo um trágico percurso psicológico e, assim, sofrendo mais um trauma psicoemocional, por vezes agravado pelo dano adicional à publicidade do fato, ligado à dimensão processual.”**

**A**caba de ser promulgada a Lei nº 14.321/22, acrescentando o art. 15-A à Lei nº 13.869/19 (que tipifica os crimes de abuso de autoridade), para tipificar o delito de “violência institucional”, consistente no fato de agente público (servidor ou não, desde que no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las) abusar do poder que lhe tenha sido atribuído, submetendo a vítima de uma infração penal (ou a testemunha de crimes violentos) a procedimentos desnecessários, repetitivos ou invasivos, que a leve a reviver, sem estrita necessidade, a situação de violência ou outras situações potencialmente geradoras de sofrimento ou estigmatização.<sup>1</sup>

A pena atribuída ao novo tipo penal é de detenção, de três meses a um ano, e multa, que será aumentada de dois terços se o autor permitir que terceiro intimide a vítima de crimes violentos<sup>2</sup>, gerando indevida revitimização;

aumenta-se a pena em dobro, se o agente público intimidar a vítima de crimes violentos, também gerando indevida revitimização.<sup>3</sup>

Esta recentíssima lei sucede a uma outra, a Lei nº 14.245/21 (conhecida como Lei Mariana Ferrer), que acrescentou um parágrafo único ao art. 344 do Código Penal, aumentando de um terço até a metade o crime de coação no curso do processo, caso se trate de delito contra a dignidade sexual.<sup>4</sup>

Pois bem.

Ambas as leis decorreram, especialmente, de fato ocorrido em julho de 2020, durante uma audiência numa ação penal cujo réu era acusado de estupro, e a vítima foi desrespeitada e humilhada durante o julgamento, chegando a pedir ao Juiz para ser levada a sério pelo advogado de defesa; nesta audiência, cujo vídeo foi amplamente divulgado pela mídia, o advogado, após mostrar diversas fotos da vítima dizendo que ela estava em “posições ginecológicas”, afirmou: “Peço a Deus que meu filho não encontre uma mulher que nem você. E não dá para dar o teu showzinho, teu showzinho você vai lá dar no Instagram depois para ganhar mais seguidores.”

O mesmo vídeo mostra ainda a vítima muito abalada, chorando, pedindo respeito ao advogado e “implorando” ao magistrado: “Eu gostaria de respeito, doutor, excelentíssimo, eu estou implorando por respeito, no mínimo. Nem os acusados, nem os assassinos são tratados da forma que eu estou sendo tratada. Pelo amor de Deus, gente. Eu sou uma pessoa ilibada, eu nunca cometi crime contra ninguém.”<sup>5</sup>

As alterações legislativas são importantes, pois visam, sobretudo, a preservar a dignidade e a honra das vítimas (e, eventualmente, de testemunhas), punindo-se condutas que as menosprezem e as humilhem, causando-lhes constrangimentos absolutamente desnecessários e desautorizados pelo devido processo legal.<sup>6</sup>


Aliás, a atenção com a vítima no processo penal é tema atual e tem sido motivo de inúmeros trabalhos doutrinários, como já observou o jurista argentino Alberto Bovino: “Após vários séculos de exclusão e esquecimento, a vítima reaparece, na atualidade, no cenário da justiça criminal, como uma preocupação central da política criminal. Prova desse interesse é a grande variedade de trabalhos publicados recentemente, tanto na Argentina como no exterior.”<sup>7</sup>

Analisando o direito italiano, Corra e Riponti asseveram: “com referência ao fenômeno da ‘segunda vitimização’, destacado por Schneider (e, em geral, pela melhor doutrina vitimológica) para descrever a condição da vítima no processo penal, constatou-se que, no decorrer do procedimento criminal, a vítima muitas vezes sofre um verdadeiro processo de ‘segunda vitimização’, muitas vezes tratada pela polícia e pelos operadores do sistema de justiça criminal (especialmente pela acusação) de forma dura e brutal, sendo sua credibilidade questionada e, às vezes, até sua moralidade.”

Conforme observam, a vítima é levada a “repetir infinitas vezes, muitas vezes de forma obsessiva, narrativas ásperas e dolorosas relativas ao crime, refazendo um trágico percurso psicológico e, assim, sofrendo mais um trauma psicoemocional, por vezes agravado pelo dano adicional à publicidade do fato, ligado à dimensão processual.”<sup>8</sup>

Também sobre o tema, Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa anotam que “a vítima é muito mal tratada pelo sistema penal. A esperança de obter informações sobre seu status processual e os danos suportados é substituída, exclusivamente, pelo depoimento formulado em audiência, sem que compreenda sua função. Não raro é tratada como um estorvo.”<sup>9</sup>

Por fim, nota-se que o novo delito é uma infração penal de menor potencial ofensivo – ainda que aplicadas as majorantes referidas no tipo –, cuja competência para o processo e julgamento cabe ao Juizado Especial Criminal (adotando-se o procedimento sumariíssimo), permitida a lavratura de um termo circunstanciado de ocorrência (mesmo em caso de flagrante delito), a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo (arts. 61, 69, 72, 74, 76 e 89, da Lei nº 9.099/95); não é possível, contudo, o acordo de não persecução penal, em razão da proibição contida no art. 28-A, § 2º, I, do Código de Processo Penal.<sup>10</sup>

Ademais, e para concluir, lembra-se que para a configuração do delito de abuso de autoridade exige-se que o suposto autor atue com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal (art. 1º, § 1º, da Lei nº 13.869/19).<sup>11</sup> 

## NOTAS

- 1 Nos termos da Lei nº 13.869/19, é sujeito ativo do crime de abuso de autoridade qualquer agente público, servidor ou não, da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território, compreendendo, mas não se limitando: a) servidores públicos e militares ou pessoas a eles equiparadas; b) membros do Poder Legislativo; c) membros do Poder Executivo; d) membros do Poder Judiciário; e) membros do Ministério Público; f) membros dos tribunais ou conselhos de contas; para efeitos da lei, reputa-se agente público todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em órgão ou entidade acima referidos.
- 2 Por crimes violentos entenda-se, exclusivamente, como aquelas condutas (dolosas) praticadas com violência ou grave ameaça contra a pessoa.
- 3 Segundo dispõe o art. 4º da Lei nº 13.869/19 (abuso de autoridade), são efeitos da condenação: a) tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, devendo o juiz, a requerimento do ofendido, fixar na sentença o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos por ele sofridos; b) a inabilitação para o exercício de cargo, mandato ou função pública, pelo período de um a cinco anos; c) a perda do cargo, do mandato ou da função pública; os efeitos previstos nas alíneas “b” e “c” são condicionados à ocorrência de reincidência em crime de abuso de autoridade e não são automáticos, devendo ser declarados motivadamente na sentença; ademais, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por prestação de serviços à comunidade (ou a entidades públicas) e por suspensão do exercício do cargo, da função ou do mandato, pelo prazo de um a seis meses, com a perda dos vencimentos e das vantagens, podendo tais penas restritivas de direitos ser aplicadas autônoma ou cumulativamente.



- 4 Esta lei anterior também alterou o Código de Processo Penal, nos seguintes termos: “Art. 400-A. Na audiência de instrução e julgamento, e, em especial, nas que apurem crimes contra a dignidade sexual, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão zelar pela integridade física e psicológica da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas: I – a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos; II – a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas.” Acrescentou-se, também, o art. 474-A: “Durante a instrução em plenário, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão respeitar a dignidade da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz presidente garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas: I – a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos; II – a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas.” Outrossim, incluiu-se o § 1º-A ao art. 81 da Lei nº 9.099/95, estabelecendo-se que, no procedimento sumariíssimo, perante o Juizado Especial Criminal, durante a audiência, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão respeitar a dignidade da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, vedadas a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos e a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas.
- 5 Disponível em: <https://theintercept.com/2020/11/03/influencer-mariana-ferrer-estupro-culposo/>. Acesso em 03 de novembro de 2020.
- 6 A propósito, o art. 217 do Código de Processo Penal (com a redação dada pela Lei nº 11.690/08) permite, caso o Juiz verifique que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, que a inquirição seja realizada por videoconferência e, na impossibilidade dessa forma de inquirição, que determine a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.
- 7 BOVINO, Alberto. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 21, p. 422. A propósito, veja-se a obra de FERNANDES, Antonio Scarrance. *O Papel da Vítima no Processo Criminal*: São Paulo: Malheiros Editores, 1995.
- 8 CORRERA, Michele e RIPONTI, Danilo. *La Vittima nel Sistema Italiano Della Giustizia Penale – Un Approccio criminológico*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1990, p. 62.
- 9 LOPES JR., Aury e ROSA, Alexandre Moraes da. “Indenização mínima na sentença penal hoje é uma forma de revitimização.” Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-26/limite-penal-indenizacao-minima-sentenca-penal-hoje-forma-revitimizacao>. Acesso em 26 de junho de 2015.
- 10 Ademais, conforme estabelece a lei de abuso de autoridade, trata-se de crime de ação penal pública incondicionada, sendo admitida a ação penal de iniciativa privada se a denúncia não for oferecida no prazo legal (art. 29, CPP).
- 11 Observa-se que a pena prevista no novo tipo penal será aplicada independentemente das sanções de natureza civil ou administrativa cabíveis.



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



## Os riscos do *homeschooling* para a educação básica no Brasil

■ POR LEANDRO MADUREIRA

**“É essencial que os senadores percebam os riscos que o *homeschooling* traz e a dificuldade que seria a implantação de um ensino domiciliar em um país tão complexo, tão cheio de dificuldades e de diferenças sociais.”**

O *homeschooling* ou ensino domiciliar é uma modalidade que se pretende aplicar na educação básica do Brasil. Hoje, o ensino é realizado no ambiente escolar, dentro das escolas e dos colégios, em uma coparticipação de responsabilidades entre União, Estado, Distrito Federal e Municípios. A União tem competência para legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional, enquanto aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, além da própria União, compete proporcionar a forma de acesso à educação. Assim, cada ente federativo tem sua responsabilidade na administração desse ensino. E, apesar de possuir uma série de problemas e dificuldades, sobretudo pela ausência de investimento e falta de valorização dos profissionais de educação, o ensino escolar cumpre muito mais do que função meramente de transmissão de conhecimento.

O ensino escolar cumpre uma função cidadã, de formação do aluno para a sociedade, tendo em vista que é nesse ambiente escolar que o aluno exerce suas relações sociais iniciais. É dentro desse ambiente que as amizades se estabelecem, que a criança, o adolescente, o jovem tem a capacidade de exercer uma série de outras atividades que não restritas à sala de aula e que serão fundamentais para seu desenvolvimento enquanto pessoa, enquanto ser humano, enquanto profissional no futuro.

É no ambiente escolar que se aprende a exercer a relação social inicial pela troca de informações com os colegas, de informações com os professores e professoras. Na relação que existe no âmbito interno da escola, o aluno se prepara para enfrentar o mercado de trabalho no futuro, onde ele também precisará lidar com pessoas, no seu ambiente de trabalho, também precisará estabelecer relações de amizade, de hierarquia, de obediência e disciplina.

O ambiente escolar traz uma formação humana que vai além do conhecimento, vai além do ensino meramente burocrático, do ensino que tem relação com conteúdo, pois permite de fato o desenvolvimento do aluno como cidadão do futuro.

Já o ensino domiciliar é uma outra modalidade de relação com o ensino. O ensino domiciliar aplicado na educação básica é realizado eminentemente, ou pretende ser realizado eminentemente, dentro do ambiente domiciliar. E esse tolhimento do convívio social tende a ser bastante prejudicial para o aluno, para a criança que está em formação.

O ambiente domiciliar muitas vezes pode oferecer uma série de riscos que o ambiente escolar elimina ou permite a identificação desses riscos. Nós temos um quadro de violência contra a criança e contra o adolescente no nosso país que é muito preocupante. A criança e o adolescente são vítimas de violência de toda ordem, seja física, psicológica e sexual. Há uma série de tipos de violências das quais as crianças e adolescentes são vítimas, que, muitas vezes, só são identificadas no ambiente escolar. Os professores, sobretudo na educação básica, possuem a competência de identificar que o aluno sofreu algum tipo de abuso. E não nos deixemos enganar: a realidade deixa claro que boa parte dos assediadores sexuais contra crianças e adolescentes são pessoas que fazem parte de um convívio íntimo da família, seja um tio, um padrinho, um primo. Não é incomum também identificarmos em nossas redes sociais notícias de abusos cometidos por pessoas ainda mais próximas, como padrastos, namorados, avôs, que deveriam zelar pela proteção das crianças e adolescentes.

A comunidade escolar e o ensino presencial na educação básica têm um papel fundamental de reconhecer e denunciar que a criança ou o jovem está sendo vítima de algum tipo de violência. A criança vítima de abuso pode ter alguma mudança de comportamento que permite que as pessoas que fazem parte da comunidade escolar identifiquem o problema e deem o direcionamento necessário junto aos conselhos tutelares e a segurança pública. A violência domiciliar é de difícil evidência justamente porque relacionada a um contexto protegido e inviolável, contra pessoas que estão em formação e que


se veem traumatizadas pelo cometimento do delito. Fora do ambiente escolar, essas crianças ficarão ainda mais vulneráveis a uma realidade que se sobrepõe à defesa daqueles que desejam instituir o ensino domiciliar.

O ambiente escolar também permite que, dentro de uma realidade social cruel em que a fome e a miséria são presentes, o aluno realize suas refeições básicas. Não é raro que o desemprego empurre as famílias a uma realidade de pobreza alimentar e nutricional, que para crianças e adolescentes que estão em formação pode gerar uma fragilidade da saúde ainda maior. A escola e o ensino presencial permitem que o aluno realize uma ou mais refeições que, para aquela pessoa, será a única de todo um dia.

O ensino domiciliar, por outro lado, poderá ser utilizado, inclusive, para forçar essas crianças e adolescentes a realizarem atividade profissional precoce. É que ausentes do ambiente escolar, eles poderão ser incentivados a trabalhar, para ajudar no orçamento familiar. Se mesmo com a escola presencial e obrigatória vemos as ruas repletas de crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade, exercendo venda informal nos semáforos das grandes cidades, o ensino domiciliar favorecerá a utilização da mão de obra infantil para o sustento da família.

A proposta do ensino domiciliar traz uma série de incertezas e uma série de riscos que precisam ser muito bem avaliadas no Senado. O texto foi aprovado na Câmara dos Deputados e agora segue para análise dos senadores e senadoras.

A tendência é que o ensino domiciliar gere uma precarização ainda maior da educação brasileira. O homeschooling faz parte de uma bandeira defendida por uma corrente ideológica conservadora que pretende excluir essas crianças do ambiente escolar. A principal alegação é a de que as crianças possuem um ensino que não condiz com a educação promovida pela família, que estão obtendo uma formação tendente a algum tipo de corrente ideológica, quando na verdade o homeschooling é a expressão maior desse tipo de ideologização da educação.

Portanto, é necessário que o Senado Federal, ao analisar esse projeto, tenha um olhar muito atento, um olhar desconectado daquilo que propaga o Governo Federal, um olhar desconectado das correntes conservadoras que defendem o homeschooling e que possam fazer uma análise com o foco na criança e na proteção integral da criança, que é uma determinação constitucional. É essencial que os senadores percebam os riscos que o homeschooling traz e percebam a dificuldade que seria a implantação de um ensino domiciliar em um país tão complexo, tão cheio de dificuldades e de diferenças sociais. O ensino escolar é a modalidade mais adequada para a formação das crianças e dos adolescentes no Brasil e mudar esse rumo, neste momento em que já estamos enxergando os prejuízos educacionais provocados pela pandemia, seria um grande risco colocar a educação brasileira em um grande abismo. 



ARQUIVO PESSOAL

**LEANDRO MADUREIRA** é Advogado, especialista em Direito Previdenciário e especialista em Políticas Públicas, Infância, Juventude e Diversidade pela UnB.

# Novo decreto SAC é retrocesso e prejudica o consumidor

■ POR TATIANA VIOLA DE QUEIROZ



**“O grande problema do novo decreto é que ele não avançou nos pontos necessários que poderiam ter sido explorados, e ainda coloca nas mãos do mercado o poder que deveria ser da lei em defesa do consumidor.”**



O Decreto nº 6.523/2008 ficou conhecido como lei do SAC – Serviço de Atendimento ao Consumidor e regulamentava o Código de Defesa do Consumidor. Essa legislação foi um grande avanço e uma enorme conquista para os consumidores, por abordar detalhes de como o serviço de atendimento ao público deve ser realizado pelas empresas. O decreto, de 2008, visava que as partes pudessem conversar e, assim, chegar a uma solução amigável, sem a necessidade da atuação do Poder Judiciário.

O decreto de 2008 trouxe inúmeros benefícios, entre eles a determinação do prazo para a transferência das chamadas telefônicas de um atendente para o outro, impedindo que o consumidor perdesse horas no telefone para tentar resolver o problema. Além disso, trouxe a obrigatoriedade de, no primeiro menu eletrônico, constar as opções de contato com o atendente, de reclamação e de cancelamento de contratos e serviços, e a de contatar a opção do atendimento pessoal em todas as subdivisões do menu eletrônico; o funcionamento do serviço 7 dias da semana e por 24 horas por dia; o acesso das pessoas com deficiência auditiva; entre muitos outros.

Essa grande conquista do consumidor foi alterada pelo novo Decreto nº 11.034 de 5 de abril de 2022, aprovado pelo atual presidente e que revogou o decreto anterior.

É importante entender que o novo decreto legisla sobre o Serviço de Atendimento ao consumidor dos serviços regulados pelo Poder Executivo federal, sejam bancos, companhias aéreas, empresas de telefonia e de TV por assinatura, operadoras de planos de saúde e de transportes e as companhias de água e energia, por exemplo.

Em um olhar menos atento, veremos algumas inovações benéficas – entre elas o incentivo ao uso de diferentes canais de atendimento ao consumidor, em especial a internet, e não mais apenas os canais telefônicos, como no decreto anterior.

Contudo, o atual decreto traz vários retrocessos que, na prática, prejudicarão o consumidor. O primeiro problema do novo decreto é, justamente, a falta de evolução nos mecanismos de proteção ao consumidor, afinal de contas, entre os dois decretos há um lapso temporal de 14 anos.

O parágrafo 3º do artigo 3º traz a determinação de que, na hipótese de o serviço ofertado não estar disponível para fruição ou contratação, o acesso ao SAC poderá ser interrompido, observada a regulamentação dos órgãos ou das entidades reguladoras competentes. Ou seja, se o serviço de energia elétrica for interrompido, por exemplo, o consumidor talvez não consiga informações junto ao SAC da distribuidora de energia, pois o Serviço de Atendimento ao Consumidor também poderá ser interrompido.

O § 5º, também do mesmo artigo, proíbe a veiculação de mensagens publicitárias durante o tempo de espera para o atendimento, mas abre exceção se houver consentimento prévio do consumidor, contudo, não regula como se dará esse consentimento.

Outro prejuízo é que não haverá mais a obrigação expressa de, no primeiro menu, o consumidor falar diretamente com o atendente.


O fornecedor deverá disponibilizar aos consumidores ao menos um canal de atendimento gratuito, sendo a via telefônica obrigatória, ponto positivo, contudo, sobre tempo de espera, atendimento humano, transferência das ligações, menu de atendimentos e demais questões ficará a cargo de novos regulamentos das autoridades regulatórias. Ou seja, o decreto que deveria regular, determinou que sejam feitos outros vários regulamentos, o que deixará, sem dúvida nenhuma, o consumidor bastante confuso.

O novo Decreto concede à Secretaria Nacional do Consumidor o papel de desenvolver ferramentas e metodologias para medição da efetividade dos SACs, tendo por base a quantidade de reclamações, as taxas de solução das demandas, os índices de reclamações em canais oficiais e o grau de satisfação do consumidor. Pode parecer uma excelente decisão, contudo, é preciso entender que essa Secretaria é um órgão do Ministério da Justiça e da Segurança Pública, portanto, está atrelada à nomeação de ministros e o cargo de Secretário também é por nomeação, sendo que o atual, Rodrigo Rocca é advogado de Flávio Bolsonaro e tem experiência na área penal na defesa de policiais militares, ou seja, não tem formação nem experiência na defesa do consumidor.

Outro ponto que merece destaque é que o SENACON faz parte do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, ou seja, é integrante e não autoridade superior. Não está hierarquicamente acima dos demais órgãos, portanto, deve dialogar com todos os demais para juntos alcançarem as melhores decisões em defesa do consumidor.

Precisamos lembrar que um dos orgulhos do nosso país é a legislação consumerista, que é uma das mais modernas e admiradas do mundo e que é respeitada (ainda que não em sua totalidade) pelos fornecedores, pela soma do consumidor ativo, e que exige seus direitos, com a atuação dos órgãos de defesa do consumidor que fazem um papel fundamental de respeito à lei e à cidadania, ainda que com poucos recursos, e nunca se intimidou pelo nome, marca ou porte de qualquer fornecedor.

O grande problema do novo decreto é que ele não avançou nos pontos necessários que poderiam ter sido explorados, e ainda coloca nas mãos do mercado o poder que deveria ser da lei em defesa do consumidor. Assim, é um grande retrocesso aos direitos já conquistados.

O novo decreto entrará em vigor em 180 dias contados do dia 5 de abril de 2022, mas, como coincidirá com as eleições, podemos ter alterações. Sendo assim, é preciso aguardar para saber o que virá. 



**TATIANA VIOLA DE QUEIROZ** é Advogada, Pós-Graduada e especialista em Direito do Consumidor, em Direito Médico e da Saúde, no Transtorno do Espectro Autista, em Direito Bancário e em Direito Empresarial. É professora de Direito do Consumidor, Membro efetivo da Comissão de Direito da Saúde da OAB/SP e Diretora Jurídica do Instituto Multiplicando de Apoio à Pessoa com Deficiência. Atuou por oito anos como advogada da PROTESTE, maior associação de defesa do consumidor da América Latina.



DIVULGAÇÃO

# O estado de coisas constitucionais

■ POR JÚLIO ROBERTO DE SOUZA PINTO

**“A declaração de um estado de coisas inconstitucional permite que o Poder Judiciário entre em um diálogo mais efetivo com os demais poderes, determinando medidas e acompanhado sua execução na busca de uma maior concretização dos direitos fundamentais.”**

**N**este artigo, proponho-me a entender o estado de coisas constitucional a partir de uma compreensão das relações entre os poderes estatais à luz as teorias do discurso e dos diálogos institucionais.

De acordo com a teoria do discurso, vivemos em uma sobreposição de mundos, mais precisamente em uma sobreposição do mundo da natureza pelo mundo da cultura.

O mundo da cultura é o mundo discursivamente criado e continuamente recriado pelos *Homo sapiens* ao longo do tempo. É o mundo povoado por entes e entidades como família, tribo, clã, nação, estado, constituição, democracia, parlamento, partido político, mercado, banco, dinheiro, sinagoga, igreja, mesquita, escola e universidade. Diferentemente dos seres que povoam a natureza, como pedra, árvore e onça, esses entes e entidades culturais não têm existência objetiva, não podem ser literalmente tocados e dissecados. Apesar disso, tais entes e entidades, que somente existem no mundo da cultura, têm o condão de condicionar e até mesmo determinar a existência e subsistência dos indivíduos humanos e do mundo da natureza em geral.

Não apenas isso. É o mundo da cultura que dá sentido ao mundo da natureza. Ou seja, é somente por meio do mundo da cultura, criado e continuamente recriado pelos *Homo sapiens* ao longo do tempo, que o mundo da natureza pode ser apreendido e compreendido.

Ora, se até mesmo o mundo da natureza só pode ser apreendido e compreendido discursivamente, o que diremos dos poderes estatais, de seus limites e de suas inter-relações, que só existem no mundo dos discursos?

Por isso mesmo, a percepção dos limites desses poderes estatais, em suas relações tanto com os indivíduos quanto entre si, sempre variará em função do discurso então hegemônico. Como as hegemonias são sempre precárias e contingenciais, as noções dos limites constitucionais do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, da própria Constituição e do que é constitucional ou inconstitucional serão sempre fluidas e dinâmicas, somente se mantendo estáveis enquanto os discursos nos quais são engendradas conservam seu poder de convencimento.

Mas, como anunciei no início, propus-me a entender o estado de coisas constitucional a partir de uma compreensão das relações entre os poderes estatais à luz não apenas da teoria do discurso, como também da teoria dos diálogos institucionais, também denominada de “teoria dos diálogos constitucionais” e de “teoria da justiça dialógica”.

Em conformidade com a teoria dos diálogos institucionais, o sentido da Constituição e, mais especificamente, dos direitos fundamentais e dos limites dos poderes estatais que ela regula é definido e redefinido nas relações dialógicas entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, principalmente entre o primeiro e o último. É

exatamente nesse ponto que a teoria dos diálogos institucionais se entrelaça com a teoria do discurso. O sentido tanto da Constituição quanto dos direitos fundamentais e dos limites dos poderes estatais é constantemente negociado, especialmente entre o Legislativo e o Judiciário. Até mesmo a “palavra final” do Judiciário será sempre provisória.

O Judiciário, como os demais poderes, não é um ator sociopolítico isolado, mas dialoga com o Legislativo e com o Executivo na concretização das políticas públicas.

O chamado “ativismo judicial”, quando visto dessa perspectiva, não é necessariamente ilegítimo.

O estado de coisas inconstitucional inscreve-se no denominado “ativismo estrutural ou sistêmico”, espécie de ativismo em que o Judiciário, em razão de um quadro de necessidade, interfere em campos próprios dos outros poderes. Essa interferência se legitima sobretudo por ser dialógica e por visar à efetivação de direitos fundamentais.

## **ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NOS TRIBUNAIS ESTRANGEIROS**

O estado de coisas inconstitucional foi usado pela primeira vez nos EUA em 1954 no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, em que a Suprema Corte daquele país determinou o fim da segregação racial no ensino público dos estados do Sul. Desde então vem sendo utilizado em outros países como Argentina e Índia. Entretanto, foi na Colômbia que seu emprego ganhou relevo.

A Corte Constitucional da Colômbia declarou o estado de coisas inconstitucional pela primeira vez em 1997. Professores de dois municípios ajuizaram ações alegando que os municípios estavam falhando em inscrevê-los no sistema de seguridade social. Ao examinar o caso, porém, a Corte verificou que o problema não atingia somente os demandantes, mas também 84,16% dos professores vinculados aos sistemas municipais e conseqüentemente ao sistema nacional de educação.

A origem da violação dos direitos não estava nos municípios, mas na política nacional de distribuição dos recursos voltados ao sistema da saúde. Não se tratava da necessidade de mera tutela de direitos subjetivos, mas de defesa da própria dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Se a decisão judicial fosse dirigida apenas à autoridade demandada (prefeito/município), o problema não seria resolvido, pois era estrutural e sistêmico. A inconstitucionalidade não era somente de casos particulares, mas da própria estrutura e sistema.

A Corte então declarou que a situação configurava um estado de coisas inconstitucional e determinou que os municípios, juntamente com o Congresso e o Poder Executivo, reformulassem a política nacional de educação dentro de um prazo razoável, de maneira a assegurar aos



professores os direitos previdenciários próprios. A situação inconstitucional, nesse caso, foi progressivamente contornada.

A Corte Constitucional da Colômbia declarou estado de coisas inconstitucional outras tantas vezes. Aliás, chegou a abusar desse instrumento, a ponto de fazê-lo cair em descrédito. Até que prolatou duas decisões que se tornaram emblemáticas.

A primeira decisão emblemática foi proferida no caso do sistema carcerário colombiano. A superlotação carcerária na Colômbia gerava condições indignas para os presos. Inicialmente, a demanda envolvia apenas dois presídios. Ao examinar o caso, no entanto, a Corte constatou que o problema atingia todo o sistema carcerário colombiano. Se a decisão judicial fosse dirigida somente àqueles dois presídios, o problema não seria resolvido. Era necessária uma intervenção estrutural e sistêmica.

A Corte então declarou o estado de coisas inconstitucional, afirmou que a superlotação carcerária e as acomodações indignas violavam direitos fundamentais, e deu ordens de natureza estrutural e sistêmica, determinando que o Congresso e o Poder Executivo, em conjunto com entidades locais, formulassem novas políticas públicas para a superação desse estado.

A segunda decisão emblemática foi prolatada no caso do deslocamento forçado de pessoas dentro do território colombiano, em razão da violência urbana provocada pelas forças revolucionárias colombianas. O padrão é o mesmo. Inicialmente, a demanda envolvia 1.500 famílias. Ao se debruçar sobre o caso, porém, a Corte Constitucional verificou que não eram só aquelas famílias que sofriam violação de direitos fundamentais, mas de 92% de todas as pessoas deslocadas.

A Corte então declarou o estado de coisas inconstitucional, afirmou que havia uma violação massiva e generalizada de direitos fundamentais e que essa violação decorria de falhas estruturais e da ausência de políticas públicas e de atenção das autoridades públicas, e determinou que as autoridades formulassem novas políticas públicas para a superação desse quadro de inconstitucionalidade. Diferentemente do caso anterior, a Corte determinou adicionalmente a realização de audiências públicas periódicas junto a organismos da sociedade civil para monitorar e discutir as medidas tomadas pelos poderes públicos.

## **ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL**

O estado de coisas inconstitucional, antes mesmo de seu reconhecimento, estava englobado em um tema que já vinha sendo debatido no Brasil, qual seja, o controle judicial das políticas públicas, que ganhou destaque entre 2005 e 2006 quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (ADPF) n. 45/DF. Nessa ADPF, discutiu-se o investimento mínimo da União em educação.

Mas foi no julgamento da ADPF n. 347/DF que o tema “estado de coisas inconstitucional” efetivamente veio a ganhar notoriedade no país.

Foi nos autos dessa ADPF que em 2015 o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro. O relator do caso, o então ministro Marco Aurélio, concedeu liminarmente a cautelar, posteriormente ratificada pelos demais pares, para a realização em todo o território nacional das audiências de custódia e a liberação pela União de verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

Assim restou ementado o julgamento:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (ADPF 347 MC, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18/02/2016 PUBLIC 19/02/2016).

## CONCEITO E PRESSUPOSTOS

O estado de coisas inconstitucional, portanto, é um mecanismo procedimental pelo qual um tribunal declara a existência de um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais de determinados grupos sociais decorrente de falhas estruturais (ações ou omissões sistêmicas e persistentes dos poderes públicos), e determina a superação desse quadro por políticas públicas que envolva um conjunto de medidas por uma pluralidade dos atores políticos.

Do próprio conceito se deduzem os pressupostos essenciais do estado de coisas inconstitucional: (1) a identificação de um quadro fático de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais de certos grupos sociais; (2) a constatação de que essa violação decorre de ações e omissões estruturais

e sistêmicas (muitas vezes pela falta de coordenação entre os poderes); e (3) a necessidade de medidas estruturais e sistêmicas (reformas de instituições de larga escala, dos conjuntos instrumentais governamentais *etc.*).

## SENTENÇAS ESTRUTURAIS E SISTÊMICAS

As sentenças estruturais e sistêmicas são voltadas ao diálogo e as transformações. Surgiram nos EUA em 1954, no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*. A Suprema Corte daquele país reconheceu que a segregação racial nas escolas pública do Sul inferiorizava as crianças negras e que havia, portanto, a necessidade de uma transformação de um sistema dual de escolas para brancos e escolas para negros para um sistema único integrado. Esse processo de transformação durou até a década de 1980.

Em 1955, a Corte tomou a decisão de como realizar essa transformação, optando inicialmente por delegar aos conselhos educacionais locais a formulação das políticas e às cortes distritais seu monitoramento e fiscalização. Depois de uma década de resistência, a Corte passou então a tomar decisões mais rígidas, em alguns casos formulando diretamente as políticas para a superação do quadro.

## EFEITOS DAS MEDIDAS JUDICIAIS

O Poder Legislativo atua com códigos próprios, de modo que determinadas situações e pessoas ficam localizadas no que a Ciência política denomina de “pontos cegos legislativos”. Assim, um dos efeitos das medidas judiciais é a superação dos bloqueios políticos em relação a essas pessoas e situações localizadas nos pontos cegos legislativos.

Muitas vezes os poderes têm capacidades institucionais para a implementação das medidas necessárias, mas falta coordenação. Outro efeito das medidas judiciais é, portanto, a superação de bloqueios institucionais.

O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional pode levar a sociedade civil a cobrar mudanças nas políticas públicas tendentes a superá-lo. Outro efeito das medidas judiciais, por conseguinte, é a superação dos bloqueios deliberativos, que, por sua vez, pode levar à superação de bloqueios políticos e institucionais, em uma relação de retroalimentação.

Além da superação dos bloqueios deliberativos, as próprias audiências públicas de monitoramento conferem certo grau de legitimidade deliberativa às medidas determinadas pelos tribunais.

## ASPECTOS CRÍTICOS DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS

Uma das grandes críticas ao estado de coisas inconstitucional diz com a possibilidade de ubiquidade e uso difuso, ou seja, a declaração desenfreada de estado de coisas inconstitucional por qualquer juiz, em qualquer instância.

A ubiquidade haverá de ser afastada se houver rigor na análise dos pressupostos do estado de coisas inconstitucional. A observação rigorosa desses pressupostos tornará a declaração de estado de coisas inconstitucional algo excepcional.

O uso difuso do estado de coisas inconstitucional também haverá de ser evitado, porquanto nem toda ação judicial é adequada a esse instrumento. As ações civis públicas e as ações ordinárias certamente não são meios processuais apropriados para a determinação de medidas estruturais de larga escala aos poderes públicos. Claramente, os meios mais adequados são as ADPFs e os Recursos Extraordinários (REs) com reconhecimento da repercussão geral. Até porque se a solução da demanda puder ser alcançada por um ente local não se estará diante de uma violação massiva e generalizada de direitos fundamentais, mas sim de uma situação inconstitucional local. Logo, pela própria amplitude das demandas, os atores envolvidos e os instrumentos processuais adequados, o estado de coisas inconstitucional é instrumento de competência implícita exclusiva do STF.

Outra crítica ao estado de coisas inconstitucional relaciona-se ao perigo de subjetivismo decisório. Em que pese a sua validade, a crítica também deve ser afastada, pois diversos outros instrumentos utilizados pelo STF, como interpretação conforme a Constituição, declaração de nulidade parcial com redução de texto e modulação dos efeitos das decisões, carregam igualmente certo subjetivismo. Na realidade, no caso do estado de coisas inconstitucionais, sequer haverá o perigo do subjetivismo, pois o juiz constitucional não formulará políticas públicas, mas tão somente fixará parâmetros, prazos e finalidades, deixando aos poderes políticos, com sua legitimidade democrática e capacidade institucional, a definição dessas políticas.

Ainda outra crítica ao estado de coisas inconstitucional guarda relação com a legitimidade democrática. Essa crítica, obviamente, está vinculada aos vários discursos de democracia.

Ora, do ponto de vista da democracia representativa, deve-se considerar que no quadro de violação massiva e generalizada dos direitos fundamentais estão situadas pessoas sem representação política, ou seja, pessoas que figuram como pontos cegos políticos. É nesse cenário que se faz necessária a intervenção dos tribunais para a determinação de medidas que visem a sanar esses quadros, e é dessa necessidade que advém sua legitimidade democrática sob o prisma da democracia representativa.

Da perspectiva da democracia deliberativa, por sua vez, se as decisões dos tribunais observarem com rigor as técnicas de audiências públicas, diálogo e controle social, não haverá qualquer ameaça à democracia deliberativa. Muito pelo contrário, haverá favorecimento da deliberação sobre temas antes ignorados e esquecidos.

No que diz respeito à separação dos poderes, cabe elucidar que o discurso hoje dominante é de uma separação menos estanque. Os poderes

não são mais vistos como adversários que não possam dialogar entre si, e que atuem de forma apartada uns em relação aos outros. Ao revés, são enxergados como que, dialogicamente, compartilhando autoridade dentro de suas expertises e legitimidades democráticas próprias, para a concretização dos direitos fundamentais.

Afora isso, o velho discurso de uma separação hermética dos poderes não mais se sustenta diante da violação de direitos fundamentais. Ao contrário, hoje prevalece o discurso segundo o qual a concretização dos direitos fundamentais deve ser assegurada por uma ação concertada dos poderes estatais.

Por fim, no que concerne aos riscos de inefetividade, tais riscos poderão ser perfeitamente evitados com a decretação de medidas judiciais mais flexíveis: fixação de tempo, parâmetros e prazos, sem formulação de políticas públicas, que cabem aos poderes propriamente políticos.


## VANTAGENS DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS

Dentre as vantagens do estado de coisas inconstitucional, cabe destacar o aumento do alcance do controle de constitucionalidade, ou seja, a possibilidade do exame de fatos inconstitucionais e não apenas de lei ou atos normativos. O estado de coisas constitucional permite às Cortes Constitucionais o conhecimento de fatos socialmente relevantes que afetam por longo tempo parcelas significativas da população que não conseguem ser vistas pelos órgãos majoritários.

Outra vantagem do estado de coisas inconstitucional é a instauração de um diálogo institucional, ou seja, os poderes estatais dialogam entre si e com outros órgãos de fiscalização acerca das metas a serem alcançadas, atuando conjuntamente para sanar as omissões.

Por derradeiro, outra vantagem do estado de coisas inconstitucional é o maior uso de audiências públicas para acompanhar o caso até sua efetiva solução.

## CONCLUSÃO

O estado de coisas inconstitucional é uma nova postura das Cortes Constitucionais consistente em transformações processuais que permitem o alcance de novas tutelas voltadas a aproximar os princípios e regras constitucionais da realidade concreta, conferindo maior efetividade aos direitos fundamentais. A declaração de um estado de coisas inconstitucional permite que o Poder Judiciário entre em um diálogo mais efetivo com os demais poderes, determinando medidas e acompanhado sua execução na busca de uma maior concretização dos direitos fundamentais. 



ARQUIVO PESSOAL

**JÚLIO ROBERTO DE SOUZA PINTO** é Advogado, com Doutorado pela Universidade de Brasília e pós-doutorados pela Universidade de Oxford (Reino Unido) e pela Universidade de Duke (EUA). É assessor jurídico e professor do Mestrado em Poder Legislativo da Câmara dos Deputados. É autor de vários artigos e livros.



*Direito ao esquecimento*

## Direito ao esquecimento: das discussões no STJ à palavra final do STF

■ POR BRUNA MIRELLA FIORE BRAGHETTO

**“O direito à informação tem superioridade ao direito da personalidade, o qual, todavia, pode ser reparado em caso de excesso ou ofensa.”**

O direito ao esquecimento surge em uma discussão muito recente em razão das mídias sociais. Discute-se se a pessoa teria o direito de, em algum momento, poder esquecer fatos de seu passado.

Neste caso, há uma contraposição entre o direito à intimidade e o direito à informação. Ou seja, o direito da imprensa de cobrir determinados fatos em relação a uma pessoa deve se sobrepor ao direito desta pessoa de, em algum momento, ter esses fatos esquecidos?

A ideia é que, com a passagem do tempo, diminuiria o interesse jornalístico, aumentando o direito da proteção à intimidade e à imagem.

Essa discussão surgiu no direito europeu, mas foi incorporada no Brasil na VI Jornada de Direito Civil, no enunciado 531. Segundo esse enunciado, a tutela da dignidade da pessoa humana implica no direito ao esquecimento. Esta doutrina cita como amparo o artigo 11 do Código Civil, apontando o direito ao esquecimento como direito inerente ao direito à personalidade e direito à imagem.

A quarta turma do STJ já adotou esta Teoria em dois precedentes. O primeiro precedente era uma reportagem sobre um caso de estupro ocorrido em 1958, sendo que o entendimento do STJ foi no sentido de que a família teria direito ao esquecimento, ou seja, os familiares não poderiam ser associados a um crime do qual um familiar foi vítima há décadas.

O segundo precedente ocorreu no caso da Chacina da Candelária, onde uma pessoa que foi inocentada pelo crime foi citada em uma reportagem sobre o mesmo crime, associada com outras pessoas que foram condenadas. Nesse caso, se entendeu que aquela pessoa inocentada tinha o direito de ser esquecida, o que não quer dizer que a imprensa não possa lembrar o fato, porém, não deve associá-lo a determinadas pessoas por décadas a fio.

Uma crítica que se faz a esta Teoria é que ela feriria o direito à liberdade de imprensa, ou seja, uma espécie de censura. Contudo, em ambos os casos, o STJ permitiu que a reportagem fosse ao ar, de forma que não houve censura à reportagem em si, porém, garantiu o direito à indenização.

Todavia, o STF, ao decidir sobre o tema, adotou posicionamento inverso ao que vinha sendo adotado pelo STJ. Por decisão majoritária, em fevereiro de 2021, o Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu que é incompatível com a Constituição Federal a ideia de um direito ao esquecimento que possibilite impedir, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos em meios de comunicação. Segundo a Corte, eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, com base em parâmetros constitucionais e na legislação penal e civil.


Através deste caso, o Tribunal, por maioria dos votos, negou provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 1010606, com repercussão geral reconhecida, em que familiares da vítima de um crime de grande repercussão nos anos 1950, no Rio de Janeiro, buscavam reparação pela reconstituição do caso, em 2004, no programa “Linha Direta”, da TV Globo, sem a sua autorização.

Cármen Lúcia fez referência ao direito à verdade histórica no âmbito do princípio da solidariedade entre gerações e considerou que não é possível, do ponto de vista jurídico, que uma geração negue à próxima o direito de saber a sua história. “Quem vai saber da escravidão, da violência contra mulher, contra índios, contra gays, senão pelo relato e pela exibição de exemplos específicos para comprovar a existência da agressão, da tortura e do feminicídio?”, refletiu.

Anteriormente a este caso, em 2017, o STF julgou famosa ação interposta por Xuxa, a qual ajuizou ação para que o Google não mais apresentasse qualquer resultado quando utilizada a expressão ‘Xuxa pedófila’ ou, ainda, qualquer outra que associasse seu nome, escrito parcial ou integralmente, e independentemente da grafia, se correta ou equivocada, a uma prática criminosa qualquer, sob pena de pagamento de multa cominatória.

Quando confrontado com o caso, o STJ decidiu que os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido.

Ao ser submetido ao STF, a decisão do STJ foi corroborada, afirmando a Corte não haver ofensa à Constituição Federal.

No direito europeu, frequentes são os casos em que determinadas mídias são condenadas a retirarem reportagens do ar, todavia, isso no Brasil teria um conflito constitucional, solucionado através da técnica da ponderação. Através desta técnica, foi decidido que o direito à informação tem superioridade ao direito da personalidade, o qual, todavia, pode ser reparado em caso de excesso ou ofensa. 



ARQUIVO PESSOAL

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



# Crises Reputacionais: o grande dilema das empresas!

■ POR PATRICIA PUNDER

“Temos um longo caminho pela frente em relação a conscientizar as empresas e seus executivos que as crises podem ser prevenidas, que o lucro pode ser atingido sem práticas antiéticas ou ilegais.”



Quando escrita em chinês, a palavra “crise” compõe-se de dois caracteres: um representando perigo e o outro, oportunidade. Todas as empresas, em algum momento de sua existência, passam por adversidades, sejam financeiras, operacionais, logísticas, regulatórias etc. Faz parte do risco do negócio. Algumas adversidades são bem contornadas, apesar da tomada de decisão muitas vezes duras, como demissões, outras vezes, acabam deixando de existir no mercado.

Agora, quando falamos em “crise” não podemos esquecer que se uma empresa possui um Programa de *Compliance* efetivo, a crise pode ser gerida de forma preventiva através dos Comitês de Crises, onde protocolos são definidos para cada tipo de crise que foi mapeada dependendo do tipo de negócios e nível de riscos de *Compliance* que esta empresa está exposta.

Quando o Comitê de Crise realmente funciona, a crise pode virar uma oportunidade muito interessante, até para a reputação da empresa. Cito o caso do Hospital Einstein que ao investigar uma denúncia de um fornecedor, descobriu um caso em que o processo de compras estava sendo manipulado e um alto executivo/chefe do departamento ganhava corrupção privada de um distribuidor específico. Ao tomar as decisões corretas, transformou uma


potencial situação de crise em uma propaganda positiva da efetividade de seu Programa de *Compliance*. Foi uma oportunidade de demonstrar aos *stakeholders* que *Compliance* é assunto sério dentro da organização e que não importa a posição do executivo/chefe do departamento, as consequências são aplicadas para todos.

Ao mesmo tempo, vemos empresas que, na grande maioria das vezes, somente tem um Programa de *Compliance* para “inglês ver” e quando a crise bate na porta, o perigo já está instaurado. Muitas destas empresas não possuem Comitê de Crise instaurado, o que pode gerar o caos inicial e a comunicação truncada. Acompanhamos o caso de uma empresa responsável por um grave incidente ambiental que, infelizmente, causou a morte de muitas pessoas, onde o ex-presidente passou uma mensagem pública e o ex-diretor jurídico outra. Totalmente fora de um protocolo de comunicação efetiva para gerir a crise.

Depois notamos que muitas das empresas que passaram por crises difíceis, seja por uma investigação do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, CADE e CGU, partem para “soluções mágicas”, como se a crise nunca tivesse existido, se esquecendo que as mídias sociais não perdoam. Resolvem mudar a denominação/razão social, o endereço da sede, começam a investir em projetos de ESG fortemente ou, então, programas para jovens aprendizes ou *trainees*. Como se a solução mágica fosse apagar a existência que um dia a crise aconteceu.

O grande dilema de uma crise esta na escolha de enfrentar a mesma com ética e transparência ou negar/minimizar a existência desta. Infelizmente, o caminho mais fácil tem sido seguido por muitas empresas, que minimizam a ocorrência da corrupção e/ou do cartel. Que teimam em falar que possuem um Programa de *Compliance* implementado quando, na prática, ele não funciona, pois a própria Alta Direção não apoia este Programa ou não leva o mesmo a sério. Ele existe, pois se trata de uma exigência de mercado e não de uma mudança de cultura organizacional.

Temos um longo caminho pela frente em relação a conscientizar as empresas e seus executivos que as crises podem ser prevenidas, que o lucro pode ser atingido sem práticas antiéticas ou ilegais. A pressão pelo lucro rápido sempre existiu e sempre continuará existindo. As questões que se colocam agora na mesa estão relacionadas com a reputação e a perenidade das empresas a médio e longo prazo. Sem uma boa reputação, os investidores fogem, o crédito some e os consumidores que poderiam ser acionistas deixam de comprar ações.

Que uma crise sirva para gerar mudança da cultura interna, para a implementação de um Programa de *Compliance* efetivo, sendo uma oportunidade para as empresas mudarem os rumos da sua gestão de sua forma de fazer negócios. 



ARQUIVO PESSOAL

**PATRICIA PUNDER** é Advogada, *compliance officer* com experiência internacional. Professora de Compliance no pós-MBA da USFSCAR e LEC – Legal Ethics and Compliance (SP). Uma das autoras do “Manual de Compliance”, lançado pela LEC em 2019 e *Compliance* – além do Manual 2020.



# A subjetividade do Direito que leva o Estado a indenizar o contribuinte com seu próprio dinheiro

■ POR FLÁVIO CHRISTENSEN NOBRE

**“A Justiça precisa de um olhar atento aos seus agentes, para que o Direito seja exercido com mais técnica, rigor e respeito aos réus. Não se deve exigir o cumprimento de penas excessivas ou insuficientes, mas justas.”**

**A**cena se repete e parece que poucos se dão conta dela: um brasileiro é condenado em primeira instância por um suposto crime – porque as provas são fracas ou inexistentes –, então, a segunda instância o absolve. Por ter seu nome, sua vida, carreira e sabe-se o que mais abalados pelas decisões antagônicas, o réu solicita que seu prejuízo material ou moral seja ressarcido pelo Estado, que responde por isso utilizando o dinheiro dos impostos. Em resumo, o Estado pagou o salário do juiz, do promotor, do desembargador e dos demais agentes que praticaram os atos jurisdicionais e, por fim, ainda indeniza o réu com o dinheiro com o qual ele mesmo contribuiu para manter essa máquina girando.

E por que todo esse contrassenso acontece? Pela subjetividade do Direito, pelas interpretações divergentes – ainda que sobre a mesma materialidade dos casos –, pela falta de provas e fragilidade de alegações e testemunhas. Se houvesse, por parte dos agentes envolvidos, mais investigação e denúncias sustentáveis, os cofres públicos não sofreriam para arcar com indenizações e a energia dos funcionários públicos envolvidos poderia ser dispendida em situações que realmente se fazem necessárias.

Quem leu até aqui deve achar que eu estou falando especificamente das anulações de condenações do ex-presidente Lula ou da indenização que o ex-coordenador da Operação Lava-Jato Deltan Dallagnol foi condenado a pagar a ele por causa de uma entrevista coletiva realizada fora dos padrões técnicos exigidos pela autoridade da lei. Não estou.



Todos os dias, acontecem situações que expõem a fragilidade das nossas instituições e do Judiciário, que precisa da atenção e do entendimento de seus representantes para que não ocorram tantas divergências de entendimento.


Um caso que acompanho, por exemplo, diz respeito a um erro médico, que não aconteceu. Na ânsia de encontrar um culpado pelo falecimento de uma criança recém-nascida, a promotoria do estado não exigiu as perícias necessárias para que se avaliassem as condições do bebê na hora do nascimento. Uma perícia particular, paga pela família do médico que foi réu do processo, porém, mostrou que a criança já nasceu sem vida. Não houve erro médico, ele foi inocentado. Nada obstante, todo o desgaste sofrido decorrente dos processos que tramitaram nas esferas cível e criminal da Justiça, além do processo disciplinar aberto contra o profissional no Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, abalou a carreira, a vida pessoal e o futuro desse brasileiro, que passou vários anos de sua vida tentando se defender de um crime que não cometeu. Agora, o Estado o indenizará com o dinheiro de seus – e dos nossos – impostos. Mas, como recuperar a dignidade e a vida desse profissional?

Outro caso que se mostra repleto de erros foi o que aconteceu durante a “Operação Caça-Fantasma”, deflagrada na Câmara Municipal de Osasco, em 2016, que apenas agora chega à segunda instância.

Naquele ano, 14 vereadores e seus assessores, num total de 219 pessoas, foram denunciados sob alegação de rachadinha e nomeação de assessores-fantasmas. Para resumir a história, os vereadores tiveram suas prisões preventivas decretadas em dezembro de 2016, ficando 24 dias presos e sendo soltos após o pagamento de fiança.

O que ocorre é que o direito penal tem uma regra básica: a individualização das condutas do denunciado, sendo que o órgão acusador tem a obrigação legal e institucional de apresentar a conduta de cada réu com as reprimendas customizadas, de forma individual, de acordo com a culpabilidade de cada um, na medida exata do dolo ou culpa, de forma cirúrgica. E, ao contrário disso, o que se viu foi o uso da mesma tese de acusação para todos os vereadores e assessores denunciados.

Se houve, de fato, algum crime cometido, ele não foi provado. Mais uma vez, denúncias sem provas, alegações e testemunhas frágeis deram o tom da operação, cujos processos agora chegam à segunda instância e já há a absolvição de alguns vereadores e assessores, enquanto outros processos ainda não foram transitados em julgado. Um dos réus, por exemplo, foi inocentado pelo TJSP pela inexistência do fato, ou seja, ele foi considerado inocente – e outros já foram absolvidos por faltas de provas.

Como eu disse anteriormente, a Justiça precisa de um olhar atento aos seus agentes, para que o Direito seja exercido com mais técnica, rigor e respeito aos réus. Não se deve exigir o cumprimento de penas excessivas ou insuficientes, mas justas. E não se pode julgar pela subjetividade, mas pela elucidação de fatos. 



ARQUIVO PESSOAL

**FLÁVIO CHRISTENSEN NOBRE** é Advogado especializado em Direito Penal Econômico.

# As polêmicas da urna eletrônica

■ POR FRANCISCO GOMES JÚNIOR



**“As regras das eleições de 2022 foram definidas pelo Poder Legislativo e caberá ao TSE zelar pela aplicação dessas regras.”**

**I**mportante ressaltar que este artigo não tem viés político-partidário e não pretende esgotar o assunto, tendo apenas a intenção de contribuir para o debate sobre a segurança das urnas eletrônicas.

A urna eletrônica (que originalmente tinha o nome de coletor eletrônico de voto) foi implantada no Brasil em 1996. Na época, o argumento que levou à implantação de tal urna foi o combate às fraudes que ocorriam com os votos em papel. A implementação da urna eletrônica foi cobrada em 1994 pelo então deputado federal Jair Bolsonaro, que entendia ser benéfica a implementação de um sistema informatizado de votos.

O desenvolvimento da urna eletrônica se deu através das empresas Unisys, Omnitech e Microbase e para a implementação das eleições informatizadas em

1996, engenheiros e pesquisadores do Centro de Comando Geral de Tecnologia Aeroespacial (CTA), do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE), do Exército, da Marinha e do Centro de Pesquisa em Telecomunicações (CPQD) tiveram papel fundamental.

A urna eletrônica é um microcomputador do tipo DRE (direct recording electronic) onde se grava eletronicamente o voto. Possui memória flash (interna e externa), módulo impressor para zerézima (antes da votação para comprovar que a memória está zerada) e boletim de urna, de justificativa e de identificação dos mesários (após a votação). Há ainda o terminal do mesário que complementa o sistema de votação, atualmente com leitor biométrico de identificação do eleitor ou com teclas para digitação do número de identificação do eleitor (título eleitoral).


Em 2009, foi promulgada pelo Presidente da República (na época Luís Inácio Lula da Silva) a Lei nº 12.034/2009 que estabelecia uma minirreforma eleitoral e estabelecia em seu art. 5º que a partir de 2014 haveria a impressão dos votos eletrônicos, ou seja, estaria instituído o voto eletrônico impresso. Contra essa Lei foi proposta uma ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4543) onde foi concedida uma liminar em outubro de 2011 para suspender a vigência da Lei. No mesmo ano o Congresso Nacional aprovou o Projeto de Lei nº 2.453/2011 de autoria do Deputado Marcio Reinaldo Moreira (PP-MG) que revogou a previsão do voto impresso.

Mais recentemente, no governo atual, foi proposta a PEC 135/19 que determinava a obrigatoriedade da expedição de cédulas físicas conferíveis pelo eleitor e posteriormente depositadas em urnas indevassáveis. O plenário da Câmara dos Deputados rejeitou a proposta e o assunto foi arquivado, só podendo ser rediscutido em nova legislatura.

Vê-se assim que desde seu surgimento, a urna eletrônica sofre questionamentos sobre sua segurança e inviolabilidade, mas não há prova material de violação ou alteração de resultados.

Houve uma invasão ao site do TSE (Tribunal Superior Eleitoral), onde o hacker supostamente teria permanecido operando por algum tempo. E instalou-se então uma tremenda confusão, mas não se deve misturar as coisas. Invadiu-se um site e não a urna eletrônica, ao menos é o que sabemos até este momento.

Do ponto de vista lógico, parece que a possibilidade de impressão do voto geraria a possibilidade de conferência e acrescentaria em segurança, mas os que se opõem a esta alteração alegam que por trás dessa sugestão há um movimento que busca desacreditar o sistema eleitoral com objetivos retrógrados.

O debate deve ser aprofundado, mas sem sua utilização para fins eleitorais. As regras das eleições de 2022 foram definidas pelo Poder Legislativo e caberá ao TSE zelar pela aplicação dessas regras, mas nada impede que após o pleito se retome as discussões de forma técnica e madura. Se todos querem transparência, vamos dialogar e buscar evoluir constantemente. 



**FRANCISCO GOMES JÚNIOR** é Advogado, Presidente da Associação de Defesa de Dados Pessoais e do Consumidor (ADDP). Autor do livro *Justiça Sem Limites*.



## Exercício das funções de agente de contratação, comissão de contratação e pregoeiro

■ POR JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR E MARINÊS RESTELATTO DOTTI

**“A necessidade de delineamento das competências e perfis de membros de comissões de contratação, de agentes de contratação e, também, de pregoeiros contribuirá não só para o agigantamento de normativos que serão publicados para a regulamentação da nova lei de licitações, mas, também, em possíveis equívocos na escolha do agente apropriado para a condução do certame.”**

**D**ispõe o art. 7º, inciso I, da Lei nº 14.133/2021 que caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar “agentes públicos” para o desempenho das funções essenciais à execução da Lei, que sejam, preferencialmente, ser-

vidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da administração pública.

De acordo com a nova lei de licitações, dentre a generalidade de funções exercidas em processos de licitação e de contratação direta, deverão ser desempenhadas por agentes públicos, que sejam, preferencialmente, servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da administração pública.

Agente público, em sentido *lato* – alcança todo aquele que presta qualquer atividade pública ao Estado, no sentido mais amplo possível dessa expressão –, no desempenho de suas funções e nas relações jurídico-administrativas de que fazem parte ou em que atuam.

Para efeito de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), reputa-se “agente público”, consoante o seu art. 2º, o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitariamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas no art. 1º da Lei. A Lei adotou conceito amplo de “agente público”, de sorte que, quaisquer de suas espécies ou categorias foram agasalhadas pelo comando legal. Não interfere na responsabilização por improbidade o caráter estatutário ou contratual da função, a determinação ou a indeterminação temporal do seu exercício, o recebimento ou não de remuneração, a integração formal do seu exercício em órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta. Nem mesmo a natureza administrativa ou não (legislativa ou jurisdicional) é critério diferenciador sob tal aspecto. Importa apenas que o agente, ao cometer o ato de improbidade, esteja no desempenho de atividade pública.

De acordo com a Lei nº 8.112/1990, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público. Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional, cometido a um servidor. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão. Cargo efetivo é o que decorre de concurso de provas ou de provas e títulos, ou seja, a pessoa que passa a ter vínculo permanente com a administração pública após aprovação em concurso público. O cargo em comissão, que também integra os quadros da administração, é aquele em que seu ocupante o exerce mediante provimento provisório, sendo exonerável a qualquer tempo, a critério exclusivo da administração. Embora integrantes dos quadros do órgão ou entidade licitadora, os cargos em comissão podem ser ocupados por pessoas que não guardam vínculo permanente com a administração.

No âmbito da administração pública, existem as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo (art.



37, inciso V, da Constituição Federal) e os cargos em comissão, os quais podem ser preenchidos por servidores que já detenham cargos efetivos de carreira, de acordo com percentuais estabelecidos na respectiva lei de criação (art. 37, incisos II e V, da Constituição Federal). Significa, pois, que os cargos em comissão devem ser ocupados por um percentual mínimo legal de servidores de carreira, podendo-se preencher as vagas restantes por pessoas sem vínculo definitivo com a administração pública.

Feitas essas considerações, ver-se-á, a seguir, quem pode exercer as funções de agente de contratação e pregoeiro e quem pode integrar comissões de contratação.

## AGENTE DE CONTRATAÇÃO

Dispõe a Lei nº 14.133/2021, em seus arts. 6º, inciso LX e 8º, *caput*, que o agente de contratação deve ser designado pela autoridade competente entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da administração pública. Significa, pois, que somente poderá exercer a função de agente de contratação a pessoa aprovada em concurso público, pertencente ao quadro permanente do órgão ou entidade pública e, ainda, com formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo Poder Público (art. 7º, inciso II). Ou seja, servidor público efetivo, titular de cargo público, que conquistou mediante aprovação em concurso público de provas e títulos. Em outras palavras ainda, não poderá ser agente de contratação o ocupante apenas de cargo em comissão que não seja, também, titular de cargo de provimento efetivo.

## COMISSÃO DE CONTRATAÇÃO

No tocante à comissão de contratação, estabelece o art. 6º, inciso L, que se constitui no conjunto de “agentes públicos” indicados pela administração, em caráter permanente ou especial, com a função de receber, examinar e julgar documentos relativos às licitações e aos procedimentos auxiliares.

A Lei nº 14.133/2021 estabeleceu que membros de comissão de contratação devam ser “agentes públicos”, sem especificar se, preferencialmente, servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da administração pública, como fez com o agente de contratação, até porque os empregados públicos também conquistaram seus empregos, em regra, mediante concurso público. Apenas não são regidos por normas estatutárias, mas, sim, por normas trabalhistas.

A diretriz prevista no art. 7º, inciso I, da Lei nº 14.133/2021, dispõe que caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão

por competências e designar “agentes públicos” para o desempenho das funções essenciais à execução da Lei que sejam, preferencialmente, servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da administração pública, o que abrange a direta, a autárquica e a fundacional, excluídas as empresas públicas e as sociedades de economia, cuja atividade contratual e licitatória é regida por lei própria. Extrai-se, pois, que membros de comissão de contratação devem ser, obrigatoriamente, agentes públicos, abrangendo os que exercem cargos comissionados sem vínculo definitivo com a administração, observada a necessária justificativa atinente ao afastamento do caráter preferencial da ocupação da função por servidores concursados dos quadros permanentes da administração, que comprovem formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo Poder Público.

## **PREGOEIRO**

Quanto à função de pregoeiro, a Lei, em seu art. 8º, § 5º, diz tratar-se do “agente” responsável pela condução da licitação na modalidade pregão. A utilização do termo “agente” poderia indicar que qualquer pessoa, mesmo estranha à administração, estaria autorizada a exercer a função. Tal entendimento, no entanto, não pode prosperar. Impõe-se, novamente, invocar-se a diretriz do art. 7º, inciso I, da Lei nº 14.133/2021, segundo a qual caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar “agentes públicos” para o desempenho das funções essenciais à execução da Lei que sejam, preferencialmente, servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da administração pública. Assim, em simetria com membros de comissão de contratação, pregoeiros devem ser, obrigatoriamente, agentes públicos, no sentido enunciado no parágrafo acima.

## **RESPONSABILIDADE PERANTE O CONTROLE EXTERNO**

Membros de comissão de contratação e pregoeiros não se eximem de responsabilidade perante o Tribunal de Contas da União sob o argumento de que não integravam quadro permanente do órgão ou entidade pública licitante. A jurisdição da Corte de Contas Federal alcança qualquer pessoa física que gerencie recursos públicos, consoante estabelecem os seguintes dispositivos da Lei nº 8.443/1992:

Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei:

I – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos das unidades dos poderes da União e das entidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário;

[...]

Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange:

I – qualquer pessoa física, órgão ou entidade a que se refere o inciso I do art. 1º desta Lei, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária;

II – aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário;

Averbe-se o precedente:

8. Ademais, cumpre consignar que a simples alegação de não fazer parte do rol de responsáveis da Organização Militar em tela não exime a responsabilização dos gestores que integraram comissões de licitação, uma vez que está sujeita à fiscalização do TCU qualquer pessoa física que gerencie recursos públicos, seja em sede de TCE ou das próprias contas ordinárias anuais (art. 1º, inciso I, c/c art. 5º, inciso I, da Lei nº 8.443/1992) (Acórdão nº 3.062/2010 – Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, Processo nº 022.382/2005-0).

Em verdade, a responsabilidade de ocupantes de cargos ou funções sem vínculo permanente com o Poder Público decorre do dever universal de prestar contas, apanágio do sistema republicano, tal como definido no art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, com a redação da Emenda nº 19/1998 – “Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária”.

## CONCLUSÃO

A Lei nº 14.133/2021, além de instituir duas modalidades licitatórias com denominações distintas e com o mesmo rito procedimental – a concorrência e o pregão –, criou designações diversas para os agentes atuantes na condução dos procedimentos licitatórios, quais sejam: a comissão de contratação, o agente de contratação e, ainda, o pregoeiro.

Perdeu-se a oportunidade de, no novo estatuto das licitações, simplificar-se o sistema jurídico da licitação por meio da instituição de um

rito ordinário comum para o seu processamento, como o fez o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/2011), e, também, pela utilização de uma só nomenclatura para o agente condutor do certame.

Veja-se que a figura do pregoeiro aparece uma única vez no texto da Lei (art. 8º, § 5º), para informar que, na licitação na modalidade denominada de pregão, o agente responsável pela condução do certame será chamado de pregoeiro, sem menção de que será designado entre os servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da administração, de que poderá ser auxiliado por equipe de apoio e, ainda, das condições para esse auxílio.

A necessidade de delineamento das competências e perfis de membros de comissões de contratação, de agentes de contratação e, também, de pregoeiros contribuirá não só para o agigantamento de normativos que serão publicados para a regulamentação da nova lei de licitações, mas, também, em possíveis equívocos na escolha do agente apropriado para a condução do certame, contrariando políticas públicas de desburocratização, modernização, simplificação e eliminação de formalidades, além de, eventualmente, gerar situações provocadoras de representações aos tribunais de controle externo ou de demandas judiciais, tendo como causa de pedir supostas nulidades do agir administrativo, por descumprimento de normas legais ou regulamentares.

No tocante ao exercício das funções de agente de contratação, comissão de contratação e pregoeiro, extrai-se da diretriz prevista no art. 7º, inciso I, da Lei nº 14.133/2021, em combinação com os arts. 6º, incisos L e LX, e 8º, que:

a) somente poderá exercer a função de agente de contratação a pessoa aprovada em concurso público, pertencente ao quadro permanente do órgão ou entidade pública e, ainda, com formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo Poder Público;

b) membros de comissão de contratação devem ser, obrigatoriamente, agentes públicos, abrangendo os que exercem cargos comissionados sem vínculo definitivo com a administração, observada a necessária justificativa atinente ao afastamento do caráter preferencial da ocupação da função por servidores concursados dos quadros permanentes da administração, que comprovem formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo Poder Público (v. CF/88, art. 39, § 2º);

c) em simetria com membros de comissão de contratação, pregoeiros devem ser, obrigatoriamente, agentes públicos, no sentido enunciado no item precedente. **C**

ARQUIVO PESSOAL



**JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR** é Desembargador aposentado. Conferencista emérito e Presidente do Fórum Permanente de Gestão Pública Sustentável da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professor convidado da Fundação Getúlio Vargas – RJ e da Escola Superior de Advocacia da OAB/RJ. Membro honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros.

ARQUIVO PESSOAL



**MARINÉS RESTELATTO DOTTI** é Advogada da União. Especialista em Direito do Estado e em Direito e Economia pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul (UFRGS). Autora de livros e artigos jurídicos. Professora em cursos de Pós-Graduação em Direito Público. Conferencista na área de licitações e contratações da administração pública.

# A importância de receber dividendos... na hora certa!

■ POR FABIO SOBREIRA

**“Boas empresas aumentam suas receitas, dão lucro e geram caixa. Distribuir dividendos é um mero detalhe.”**

**D**entro de todos os indicadores que os investidores gostam de ver quando escolhem suas ações para investirem na Bolsa, o dividend yield, que são os dividendos distribuídos nos últimos 12 meses divididos pelo preço atual da ação, é certamente um dos mais importantes, principalmente para aqueles investidores que pretendem viver da renda de seus investimentos.

O fascínio pelos dividendos, em especial no Brasil, vem do fato dos mesmos serem isentos do Imposto de Renda, e serem uma das formas mais simples de ver o quanto a empresa está retornando para o bolso do acionista, de todo o valor que foi investido.

Tudo isto de fato são vantagens enormes e não há como negar a importância dos dividendos na análise de boas empresas, quando estas estão na fase de distribuir dividendos.

E aqui começamos uma confusão feita por muitos investidores menos experientes, influenciados muitas vezes por matérias do tipo “clickbait”, que convocam pessoas inclusive a comprar ações perto da data ex-dividendos para que estes possam se aproveitar dos ganhos desta distribuição.

Mas fato é que, quando estes são distribuídos, eles são descontados do preço da ação, não gerando, portanto, qualquer ganho para o acionista, além dos já mencionados acima, que são o melhor controle e a isenção tributária, principalmente.

Peguemos o exemplo da Vale (VALE3), que anunciou R\$ 8,20 de dividendos para quem estivesse posicionado em seus papéis até o dia 22/09/2021, fechando o dia com a cotação de R\$ 87,11. Este valor, porém, foi automaticamente ajustado ao final do pregão para algo em torno de R\$ 78,91, após o desconto dos dividendos pagos.

Isto significa que o investidor de VALE3 amanheceu no dia seguinte, teoricamente, com R\$ 8,20 por ação a mais na conta da corretora e R\$ 8,20 a menos em seus investimentos na Vale. É o famoso “tirar de um bolso para colocar no outro”.

E, ao contrário do que muitos pensam e espalham por aí como se fosse verdade, uma empresa, à exemplo da Vale, não vale somente o que valem seus papéis. O caixa é uma conta importante nesta avaliação, já que ele pode tanto ser utilizado para reinvestimentos, quanto para uma distribuição como esta.



Fato é que a Vale possuía, segundo balanço do segundo trimestre de 2021, cerca de R\$ 68 bilhões em caixa e resolveu distribuir R\$ 40 bilhões em dividendos aos seus acionistas. Não é difícil imaginar, portanto, que uma empresa que possui R\$ 40 bilhões a menos vale menos do que valeria se mantivesse o caixa em seus cofres.

Se colocarmos este exemplo no cotidiano de empresas menores, a padaria do Joaquim com um caixa de R\$ 10 mil vale mais do que valeria se o Joaquim tirasse todo o dinheiro do caixa antes de lhe vender o negócio.

Dividendo não é bônus, assim como os juros sobre capital próprio ou até mesmo os chamados bônus, ou bonificação de ações. Todos eles acabam tendo o mesmo efeito de correção nas cotações das empresas, o que não gera qualquer benefício aos acionistas.

“Mas então, por que grandes investidores, como o Luiz Barsi, por exemplo, gostam tanto de empresas que geram dividendos?” – alguns questionam. E a resposta é simples: Se uma empresa é uma boa pagadora de dividendos e paga dividendos constantes, significa provavelmente que ela gera Lucro e Caixa constantes, o que torna esta empresa atraente em muitos sentidos.

Podemos então pensar que o Lucro, ou o Caixa gerado pela empresa, que são os fatos geradores dos dividendos, são o que importa no final das contas, para quem pensa em ser sócio, tanto da Vale, quanto da padaria do Joaquim.

A distribuição deste caixa é apenas uma mera realização dos lucros transformados em ganhos para os sócios, que o gastarão como quiserem, até mesmo podendo reinvestir no mesmo negócio que resolveu distribuir estes lucros.

Neste último caso, que fique claro, você está recomprando ações de uma empresa que passou a valer menos após a distribuição dos lucros.

Como exemplo, se você possuísse 100 ações de uma empresa cujo preço é R\$ 11 e ela distribuisse R\$ 1 de dividendos, esta mesma empresa passaria a valer R\$ 10 por ação. Agora, porém, você tem R\$ 100 de dividendos no bolso. Se você recompra 10 ações desta empresa com os dividendos, você passa a ter 110 ações de uma empresa que agora vale R\$ 10. Em efeitos práticos, você continua tendo os mesmos R\$ 1.100 investidos na empresa e a recompra não teria gerado qualquer benefício.

É claro que podemos aqui discutir sobre os efeitos psicológicos da distribuição de dividendos e como um preço menor pode causar movimentações nas cotações futuras da ação, mas isso certamente é tema para um outro artigo.

O mais importante a se entender é: “Dividendos? Sim, obrigado, mas na hora certa!”. Se uma empresa tem coisa melhor para fazer com meu dinheiro do que me devolver, que o faça e me distribua mais dividendos depois com o dinheiro que reteve.

Boas empresas aumentam suas receitas, dão lucro e geram caixa. Distribuir dividendos é um mero detalhe. **c**



**FABIO SOBREIRA** é Analista de Valores Mobiliários CNPI-P, Consultor de Investimentos CVM, Professor de Finanças da FIPECAFI.

# Suprema esperança ou suprema decepção?

■ POR JOSÉ RENATO NALINI

**“Cada dia perdido, na restauração da rede integral de efetiva proteção da Amazônia e dos demais biomas é trágico. Não se recompõe uma floresta do dia para a noite. Suas árvores são milenares. O Brasil está queimando seu maior tesouro. Antes mesmo de conhecer a exuberante biodiversidade, que poderia gerar recursos para reanimar a combalida economia tupiniquim, desperdiça o seu estoque natural de insumos.”**



**S**omos a última geração que teria condições de frear a catástrofe. Não estamos levando a sério as advertências da ciência. Nem temos nos indignado com aquilo que se faz contra os biomas brasileiros, no extermínio da Amazônia, do Pantanal, da Mata Atlântica, do Cerrado, dos mangues e dos pampas.

O jornalista Jânio de Freitas, no artigo “*São as entranhas brasileiras*”, brada contra a dolosa inércia de quem deveria coibir o descalabro: “Não há polícia, não há Judiciário, não há Congresso, não há Ministério Público, não há lei que submeta o inominável ao devido”<sup>1</sup>.

Aborda o desvario contra a natureza e a biodiversidade e acrescenta: “Nessa devastação, Bolsonaro infiltrou dois guarda-costas no Supremo Tribunal Federal. Um deles, André Mendonça, que se passa por cristão, na pressa de sua tarefa não respeita nem a vida. Ainda ao início do julgamento, no STF, do pacote relativo aos indígenas, Mendonça já iniciou seu empenho em salvá-lo da necessária derrubada. São projetos destinados a trazer a etapa definitiva ao histórico extermínio dos indígenas. O pedido de vista com que Mendonça interrompeu o julgamento inicial, ‘para estudar melhor’ a questão, é a primeira parte da técnica que impede a decisão do tribunal. Como o STF deixou de exigir prazo para os seus alegados estudiosos, daí resultando paralisações de dezenas de anos, isso tem significado especial no caso anti-indígena: o governo argumentará, para as situações de exploração criminosa de terras indígenas, que a questão está sub judice. E milicianos do garimpo, desmatadores, contrabandistas e fazendeiros invasores continuarão a exterminar os povos originários desta terra”<sup>2</sup>.

Essa é uma partícula daquilo que acontece no Brasil, que de nação promissora como potência verde, passou à condição de pária ambiental, tamanha a desenvoltura com que governo e criminosos desmatam, incendiam, patrocina grilagens e favorecem a delinquência organizada que explora ouro e outros minérios em terras destinadas à preservação.

O retrocesso acelerado não encontra freio nas instituições que a Democracia erigiu para sua proteção. Uma Constituição que já foi chamada “ecológica” e que contém, no seu artigo 225, a mais bela norma fundante produzida no século 20, não está merecendo observância. E o STF, cuja função essencial é a *guarda precípua* da Constituição, não tem se portado conforme as expectativas e as necessidades de uma população desassistida. Nem está cumprindo o dever intergeracional assumido pelo constituinte, em nome do povo – o único titular do que resta de soberania – de garantir equilíbrio ecológico, essencial à sadia qualidade de vida de viventes e de nascituros.

No momento em que se leva à cúpula do Poder Judiciário um conjunto de demandas que evidenciaria o delírio delinquencial do governo, a comunidade pensante, o resíduo de sensibilidade que ainda sobrevive às intempéries políticas deste país desgovernado em 2022, fica entre a angustiante apreensão e a tímida e discreta esperança de que o STF se renda à conversão. Assuma o seu protagonismo explicitado na lei fundante e enfrente a sanha de destruição perfeitamente orquestrada em várias frentes de batalha.

## O QUE ESTÁ EM JOGO

A mente encarquilhada ainda enxerga os crimes ambientais como se foram de menor potencial ofensivo. A cultura anacrônica está presa à concepção de crime interindividual, uma pessoa vulnerando direitos de outra. Só que o crime ambiental, como o desmatamento, o incêndio, o tráfico de animais silvestres, o garimpo clandestino, é muito mais grave. Primeiro, porque é impossível precisar o número de suas vítimas. Legiões são alvo de danos irreversíveis. Inclusive os que ainda não nasceram.

Depois, é um atentado à economia tupiniquim, tão debilitada por políticas erráticas, orçamentos secretos, centrões e corrupção pandêmica. Antes mesmo de conhecer a exuberante biodiversidade, antes mesmo de poder vender créditos de carbono, esmaga-se o patrimônio que é de todos, não do governo. Terceiro, nunca está sozinho o crime ambiental. Ele costuma ter como companhia a grilagem de terras públicas, delitos financeiros e tributários, tráfico de drogas e de pessoas, homicídios e lesões corporais gravíssimas.

Chegou a se comprovar que 30% das 369 operações da Polícia Federal deflagradas nos últimos cinco anos referiam-se a crimes ambientais relacionados com fraude documental, em 21% havia ligação com crime de corrupção, em 20% encobriam lavagem de dinheiro. Mais aterrorizante ainda, a constatação de que em mais de 50% dos casos a atuação era de organizações criminosas vinculadas à prática de crimes bastante violentos, inclusive quadrilhas com âmbito de atuação transcontinental.

Esse estudo do Instituto Igarapé confirma com evidências o que antes era percepção. Está evidenciada a existência – fecunda e próspera – de um “ecossistema de ilicitudes”. Quando ministro contra o ambiente fala em “soltar a boiada” de uma escancarada flexibilização, ele convida sociedades delinquentiais de todo o planeta para atuarem livremente num Brasil sem polícia e sem justiça. Mas também expõe a vulnerabilidade da República em cumplicidade com a ciranda de ilicitudes da sofisticada rede delitiva sem fronteiras.

Na descrição do jornalista José Maria Tomazela, “a Amazônia se tornou uma floresta de crimes”<sup>3</sup>. Com a nefasta cumplicidade de funcionários públicos. A Operação Ojuara, realizada em parceria com o Ministério Público Federal, no arco do desmatamento sul do Amazonas, prendeu 18 pessoas e outras 31 receberam medidas cautelares. Apreensão de 800 mil reais em dinheiro vivo, máquinas agrícolas, 7 mil cabeças de gado e um avião. Ao todo, 22 pessoas, entre elas servidores federais, denunciados por crimes como corrupção, formação de milícia privada, divulgação de informação sigilosa, lavagem de dinheiro e associação criminosa.

Narra Tomazela que “um dos denunciados por lavagem de dinheiro usava a mulher como “laranja”, registrando em nome dela valores de até R\$ 3,6 milhões obtidos com venda ilegal de madeira e gado. Segundo a denúncia do MPF, quatro policiais militares do Acre formaram uma “milícia privada” para expulsar pequenos posseiros e extrativistas de áreas griladas por três fazendeiros. Os PMs usavam fardas, armas e viaturas da corporação – um deles é conhecido pelo apelido “Morte”<sup>4</sup>.

Deve-se à sociedade civil e ao Terceiro Setor a reação a tal deboche, apesar da manifesta desproporção de condições. O projeto Cartografia das Violências na Região Amazônica, do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, já detectou a crescente atuação de facções na disputa pelas rotas nacionais e transnacionais de droga e ouro. Isso fez crescer o número de mortes violentas nos Estados amazônicos. No Sudeste, a taxa de homicídio caiu 19,2% entre 1980 e 2019 e no Norte, houve crescimento de 260,3%.

Só em 2020, houve 8.729 assassinatos na Amazônia legal – taxa de 29,6 mortes por 100 mil habitantes, mais alta do que a média brasileira de 23,9 por 100 mil. O Amazonas teve aumento de 55% de homicídios em 2021: foram 1487 assassinatos no ano passado, ante 957 em 2020.

O Senador José Serra observa que o mais simbólico bioma restou associado ao retrocesso brasileiro. O Brasil na contramão do mundo: rege a orquestra do desmatamento. De agosto de 2020 a julho de 2021, de acordo com dados do Inpe-Prodes, 1,32 milhão de hectares de florestas foi derrubado na região amazônica. Ou o equivalente a mais de 5% de todo o território do Estado de São Paulo. Hoje, a maior parte do desmatamento ocorre em terras públicas: “são ilícitos sobrepostos: a apropriação de patrimônio público combina-se com a devastação ambiental”<sup>5</sup>.

As chamadas florestas públicas não destinadas – FPNDs, ocupam superfície de 60,7 milhões de hectares do bioma amazônico, 14% da área total e até 2020, 18,6 milhões de hectares de FPNDs foram declarados ilegalmente como imóveis particulares no Sistema de Cadastro Ambiental Rural – Sicar ou 30,6% da área total dessas florestas. Quase metade dos cadastros sobrepostos abrangem grandes áreas, o que indica a prática da atividade ilegal por poderosos.

Enquanto isso, o governo federal desmanchou o aparato de fiscalização ambiental e fundiária: Ibama, Incra, Inpe, ICMBio, entre outras e a concessão de títulos de regularização clandestina, sem passar pelo procedimento legal, são noticiados como feitos ufanistas do desgoverno.

Na visão do Senador José Serra, as florestas públicas não destinadas deveriam ser convertidas em unidades de conservação, terras indígenas ou áreas de uso sustentável de seus recursos, por meio de concessão florestal ou uso por populações tradicionais, vedada sua conversão para usos alternativos e predatórios.

Repúblicas vizinhas observam e lamentam o que acontece no território brasileiro. O matemático e ex-prefeito de Medellín, Sergio Fajardo, candidato à presidência da Colômbia, observa que a fronteira verde entre os dois países “é uma área muito estratégica para nossa aposta na biodiversidade e na defesa do planeta frente à mudança climática. Porém, a política do Brasil em relação ao tema hoje vai na contramão do que queremos para a zona. O que se faz no Brasil em termos de desmatamento e de destruição nos causa um dano e uma tristeza gigantesca”<sup>6</sup>.

Enquanto a Colômbia é consciente da riqueza de sua biodiversidade, “o atual governo do Brasil não age como se tivesse a mesma percepção. Nossa proposta de desenvolvimento econômico passa pelo desenvolvimento ambiental, que entende a região amazônica como parte fundamental de nosso país e do mundo”<sup>7</sup>.



Para ratificar a percepção de que há um plano bem idealizado de destruição da Amazônia, basta verificar que o presidente do Ibama – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, Eduardo Fortunato Bim, assinou em 21 de março de 2022 um despacho que anula etapas de processos de infração ambiental e favorece a prescrição de multas aplicadas a pessoas e empresas que praticaram infrações ambientais<sup>8</sup>.

Ele foi nomeado pelo ex-ministro contra o meio ambiente e considerou inválida a notificação por edital. Já fizera o mesmo quando foi afastado do cargo em 2021 pelo STF, na operação Akuanduba. Está continuando a obedecer ao ex-chefe e “soltando a boiada”. Como não é amador na tarefa dendroclasta, já suspendera os efeitos de uma instrução normativa que previa a necessidade de emissão de autorização de exportação para a remessa de madeira nativa para o exterior. De acordo com a Polícia Federal, isso abriu as comportas para o contrabando de madeira ilegalmente explorada.

Prescreverão mais de cinco mil autos de infração lavrados em 2020, ou metade dos autos daquele ano. Mais de um bilhão em multas de 2020 permanecem com procedimento paralisado, sem remessa ao setor de conciliação. Na lista dos infratores, estão 28 madeireiras e centenas de desmatadores da Amazônia. O ministro Alexandre de Moraes suspendera os efeitos do despacho anterior, datado de 25.02.2020 e alvo de investigação da Polícia Federal sobre facilitação de contrabando de madeira. Ele foi suspenso do cargo por noventa dias, mas voltou em agosto de 2021 e lá permanece, a favorecer os infratores.

Quem acionará o STF desta vez? Haverá tempo para a correção de rumos? A atuação de Bim será considerada natural, mera questão hermenêutica? Pobre Brasil!

## A RESPONSABILIDADE DO STF

Ao órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, compete, precipuamente, a guarda da Constituição<sup>9</sup>. A política ambiental instaurada fez com que chegassem à apreciação dos onze ministros, pelo menos sete feitos que selam o destino do Brasil. São eles: 1) ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 760, que atribui ao governo inexecução das obrigações legais de combate ao desmatamento; 2) ADPF-735, promovida contra o desmantelamento da estrutura do Ibama, órgão essencial de fiscalização para a preservação do ambiente e da biodiversidade; 3) ADPF-651, que impugna a exclusão da sociedade civil no Conselho do Fundo Nacional do Meio Ambiente; 4) ADO 59 – contra a emasculação do Fundo Amazônia.

Em síntese, as ações pautadas para julgamento no STF propõem: 1) que o governo execute as políticas públicas de combate ao desmatamento da Amazônia e fortaleça órgãos como a Funai, o Ibama e o ICMBio; 2) devolva a autonomia do Ibama para operar contra o desmatamento; 3) se julgue inconstitucional o decreto que excluiu a sociedade civil do Conselho Deliberativo do FNMA – Fundo Nacional do Meio Ambiente, num evidente golpe contra a gestão democrática da coisa pública e retrocesso no que tange à

gradual implementação de uma democracia verdadeiramente participativa; 4) se retome o trato sério do Fundo Amazônia, que tem recursos paralisados e que foi levemente abandonado, inclusive com tolas e incríveis críticas aos Estados soberanos que contribuem com vultosos recursos para a proteção da maior floresta tropical do planeta; 5) seja criado um Plano de Contingência, uma espécie de Gabinete de Crise, eis que o governo federal se omitiu no combate à devastação amazônica e descuidou do orçamento dos órgãos ambientais, em omissão verdadeiramente delitativa; 6) revogação da Resolução 2018, que não regulamenta os padrões de qualidade do ar; 7) não se conceda de forma automática, sem análise acurada, alvará de funcionamento de licenças e empresas.

O evidente, cruel e constante processo de desmonte de políticas públicas ambientais, em especial na Amazônia, levou *todos os ex-Ministros do Meio Ambiente* a se posicionarem a favor das postulações cidadãs. Artistas, seres sensíveis, e entidades do Terceiro Setor também são favoráveis. A pauta verde do STF é defendida pela SBPC – Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência e pelo Instituto Tanalua, entre outras organizações não governamentais.

Os autores das demandas são a própria Procuradoria Geral da República, na gestão de Raquel Dodge – Resolução de 2018 do Conama – e dos partidos políticos PDT, PT, PV, PSB, PC do B, Rede e PSOL.

O incrível é que o Procurador-Geral da República é contrário a todas as sete pretensões ecológicas. Inclusive aquela que partiu da própria PGR. Ao propor a ação, a PGR afirmou que a norma não regulamenta, de forma minimamente eficaz e adequada, os padrões de qualidade do ar, pois prevê valores de padrões iniciais muito permissivos, deixando de fixar prazos peremptórios para o atingimento das sucessivas etapas de padrões de qualidade de ar e apresentando procedimento decisório vago.

Para o atual Procurador-Geral, não há conflito de fundo constitucional a respeito da validade jurídica do ato, mas mero dissenso quanto aos aspectos técnicos que fundamentam a política pública de qualidade do ar. Posicionou-se pela negação ao pedido.

Nunca se verificou, em tempos recentes, tamanha subserviência de um representante do Parquet em relação ao chefe do Executivo. Talvez com a esperança de chegar ao STF, como já chegaram dois outros integrantes, o Procurador exerce um miserável papel. Elabora contestações para garantir a mineração em terras indígenas ainda não demarcadas. Também alicerça o embasamento para exploração em áreas próximas a terras já homologadas, sem considerar o impacto da atividade para as comunidades indígenas.

A desfaçatez é considerar válida a existência de títulos minerários que recaem no território indígena, negar a omissão do governo diante de mais de vinte mil garimpeiros que continuam ilegalmente na terra yanomami, a maior do Brasil e afirmar a impossibilidade de se garantir a segurança de comunidades yanomamis atacadas por grupos de garimpeiros armados. É a legitimação do massacre, a última etapa de um genocídio que começou no século XVI e que fruíra de brevíssimo hiato até os últimos três anos.

Tramita no Congresso, desde fevereiro de 2020, projeto de lei que libera a mineração em terras indígenas. Assinou a proposta, como ministro da Justiça, o ex-Juiz Sérgio Moro. Sem passar pelas Comissões especiais da Câmara e sem ouvir as comunidades indígenas, o presidente da Câmara quer deliberar a respeito com a maior brevidade.

É paradoxal que o Ministério Público Federal tenha apresentado uma série de ações civis públicas, especialmente no Amazonas e no Pará, pleiteando a anulação de requerimentos minerários protocolados na Agência Nacional de Mineração e a Advocacia Geral da União conteste os pedidos. Desobedece-se, premeditadamente, a portaria interministerial de 2015, que estabelece análise dos impactos sobre comunidades tradicionais para empreendimentos minerários num raio de dez quilômetros de uma terra indígena. Como “ainda existem juízes em Brasília”, a primeira instância tem provido os reclamos do Ministério Público, inclusive com ratificação junto ao TRF – Tribunal Regional da 1ª Região.

Proliferam os requerimentos minerais, pois a permissividade se propala como pólvora e a criminalidade organizada entra em verdadeira metástase cancerígena. Mais de mil requerimentos minerários no Amazonas recaem sobre terras indígenas e mais de mil e setecentos foram apresentados no Pará.

A comunidade internacional está de olho no Brasil. Nosso país não conseguirá cumprir metas climáticas para 2030, a não ser que proteja as terras das comunidades indígenas. Documento elaborado pelo Instituto de Recursos Mundiais e pelo *Climate Focus*, divulgado em 31.03.2022, alerta que o Brasil deve levar em conta as terras dos povos indígenas e das comunidades locais, se quiser honrar o Acordo de Paris. 92% das áreas de florestas do Brasil – e também da Colômbia, México e Peru – são sumidouros líquidos de carbono. Ainda absorvem mais do que emitem. Cada hectare captura, em média, 30 toneladas de carbono por ano.

Isso funciona em dobro nas terras indígenas, seja porque as etnias mantêm práticas tradicionais e sustentáveis, ou porque em grande parte as terras ainda são cobertas por mata virgem.

Darragh Conway, consultor jurídico do *Climate Focus*, afirmou que “as comunidades indígenas e locais realmente atuam como uma espécie de salvadores silenciosos que estão freando a crise climática, mas não obtêm o reconhecimento que necessitam e, o que é mais importante, apoio para dar passos positivos”<sup>10</sup>.

Se isso não se fizer, opções drásticas teriam de substituir o que hoje ainda é muito simples e não implica em dispêndio de recursos do Erário. O Brasil teria de retirar 80% de sua frota de veículos para compensar a emissão de gases venenosos do efeito estufa. Alguém acha que isso seria possível?

Para Adriana Ramos, coordenadora do programa de política e direito da ONG ISA – Instituto Socioambiental, “o Brasil está na contramão. Não só desmantelou as políticas culturais e aquelas para avançar no manejo sustentável dos territórios indígenas, mas também estimulou a invasão de terras indígenas por garimpeiros, madeireiros e outras ilegalidades”<sup>11</sup>. O Brasil assinou

a Declaração dos Líderes de Glasgow sobre as Florestas e o Uso da Terra em 2021 e se comprometeu a pôr fim à perda de florestas e à degradação do solo até 2030. Cumprirá o compromisso?

## A CUPINIZAÇÃO DEMOCRÁTICA

A Ministra Carmen Lúcia, relatora de seis dos sete processos da Pauta Verde, em seu relatório, mencionou a existência de um “estado de coisas inconstitucional” na esfera ambiental. O STF já se serviu desse conceito que surgiu no constitucionalismo colombiano, ao examinar a situação sofrível da administração penitenciária em 2015. O cárcere brasileiro é um dos mais iníquos de todo o planeta, embora o Brasil seja o terceiro maior encarcerador dentre as nações que divulgam seus dados. O “estado de coisas inconstitucional”, conceituado pela própria Corte como “situação de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta um número amplo de pessoas”, deveria resultar em atuação mais firme do STF, para obrigar o Executivo ao cumprimento integral da Constituição. Resta ver se isso acontecerá.

A ministra também reconheceu a escalada antiecológica ao asseverar: “Procede-se a uma destruição institucional pela cupinização silenciosa e invisível a olhos desatentos, quanto à dinâmica necessária de atuação democrática. Com relação ao meio ambiente, especificamente, as instituições são destruídas por dentro, como cupim, sem que se mostre exatamente o que se passa. Promovem-se políticas públicas ineficientes, ineficazes”.

A metáfora do cupim é muito adequada: “O que são esses cupins? O cupim do autoritarismo, o cupim do populismo, o cupim de interesses pessoais, o cupim da ineficiência administrativa. Tudo isso ajuda a construir um quadro que faz com que não se tenha cumprimento objetivo garantido, de conteúdo, da matéria constitucional devidamente assegurada”.

Foi ácida ao invocar a fala do ministro Paulo Guedes, ao assumir que o Brasil é um “pequeno transgressor” ambiental e que de vez em quando tem uma floresta que queima aqui e lá”. Para a ministra, “a transgressão está confessada. A meu ver não tem muito o que discutir sobre esse tema”.

Carmen Lúcia foi irônica ao relatar a pífia atuação da Procuradoria Geral da República: “A PGR se manifestou nas seis ações de minha relatoria pelo descabimento de todas elas, portanto pelo não conhecimento da via eleita, até mesmo, para minha surpresa, em uma ação de que o próprio procurador-geral é autor houve parecer contra”.

O relatório de Carmen Lúcia acendeu a lamparina da esperança no coração dos brasileiros que estão indignados com o maltrato deliberado contra a floresta e contra a biodiversidade. Ela foi muito explícita em sua posição de protetora da natureza: “Ninguém hoje em sã consciência, nem o mais feroz escravizador de gentes e de terras, haverá de ter a ilusão de que pode dominar a natureza. Não pode. Eu, desde muito cedo, presidente, escutei que Deus perdoa tudo, o ser humano perdoa às vezes e a natureza não perdoa. Nunca”. E prosseguiu: “Nem nos mais tiranos tempos deixaram de comprovar que a natureza cobra

a fatura quando ela é maltratada e destrutada, e não apenas os viventes de um tempo, mas de outros tempos”.

Por sua relevância, convém reproduzir o que a ministra leu na sessão de 7 de abril de 2022 – coincidentemente, o dia do Fico: “A dignidade ambiental incrusta-se na dignidade humana prevista constitucionalmente como fundamento da República brasileira, formalizada como Estado democrático de direito. Dignidade impõe compromissos do Estado com a humanidade dos viventes em seu espaço territorial e em todos os recantos do planeta. A natureza obriga. O homem dispõe, a terra se impõe. Desde sempre ouvi que Deus perdoa sempre, o ser humano perdoa às vezes. A natureza não perdoa, nunca. Escravizados homens e natureza desde muito, a civilização concebida e o direito constitucionalizado conceberam a forma de viver e permitir-se viver com a dignidade própria da humanidade. O dominador de homens e bens ambientais, crente senhor de gentes e bens da natureza, é apenas um escravizador. Desumaniza-se ele e a desnatura provocada a ele responde em cobrança de vidas. A dignidade da vida não é escolha, é via única da humanidade. O mais direito não é, justiça não busca, existência não garante. A dignidade ambiental que se formula no subsistema constitucional (parcela do sistema tomado em sua natureza) é elemento nuclear do constitucionalismo contemporâneo, do constitucionalismo brasileiro vigente”.

A participação da sociedade civil também foi alvo da atenção da relatora: impedir a efetiva atuação comunitária é prova de uma centralização que seria antidemocrática e deslegítima as ações estatais com a vulneração ao princípio da participação popular. “A participação popular da sociedade civil em todas as instâncias sempre foi encarecida tanto pela Constituição quanto pela legislação e por documentos internacionais”.

A mídia entendeu como recuo a edição de um decreto que restabelece maior participação social na composição do Conama – Conselho Nacional do Meio Ambiente<sup>12</sup>. Mas é preciso uma reversão de pelo menos 180 graus para que se cumpra a Constituição ecológica. Além do desmatamento, da grilagem incentivada, da exploração criminosa de minérios, o desmanche das estruturas tutelares é muito forte. O Instituto Chico Mendes de Biodiversidade – ICMBio, responsável pela proteção das unidades de conservação federais em todo o Brasil, está sem dinheiro para pagar o salário de três mil funcionários temporários. A autarquia conta com 1,3 mil servidores fixos e depende dos contratos temporários para proteger as florestas, principalmente na temporada de intensa queimada, entre maio e novembro. Da provisão orçamentária inicial, já foram cortados doze milhões de reais.

De igual forma, o garimpo ilegal de ouro cresce há três anos em área protegida da Amazônia. O Info-Amzônia e PlenaMata apurou desmatamento por garimpo de ouro crescendo desde 2019 na Estação Ecológica Juami-Japurá, a 700 quilômetros de Manaus e próxima à fronteira colombiana. Imagens de satélite comprovam que os crimes na área de proteção integral aumentaram nos primeiros meses deste ano. Essa reserva é uma unidade de conservação federal desde 1983. Tem florestas, pesquisas científicas e protege o sinuoso



rio Juami, afluente do Japurá, que vem da Colômbia e deságua no Solimões. O garimpo avança por duzentos quilômetros do rio e o sobrevoo feito em 17.8.2021, registrou 31 dragas e cinco barcos ligados ao crime. Foram derrubados 531 hectares de floresta e, só este ano, mais 23 hectares, em área na qual, por lei, não pode haver desmate.

Ricardo Lewandowski acompanhou o voto de Carmen Lúcia: “Os atos administrativos ofenderam esse novo regime que se inaugurou com a Constituição Federal de 1988, que é justamente a democracia participativa, que não substitui a representativa, mas a complementa”. Na mesma linha Alexandre de Moraes, um constitucionalista cuja obra fala por si, e que não poderia estar contra a tutela ambiental explicitada na Constituição.

Já Kassio Nunes Marques criticou o voto da relatora. Invocou precedentes de alterações em conselhos, considerando que “impedir a exclusão da sociedade civil de um conselho é uma forma sutil de deslegitimar governos futuros eleitos pelo voto popular”.

Por enquanto, há uma pequena esperança de que o ambiente venha a ser reconhecido como essencial e que há uma urgência urgentíssima em sua proteção. Cientistas que estavam na Antártida ficaram alarmados com um desvio de temperatura incrível. Uma imensa massa de gelo derreteu, o que indica que a altura do nível do mar subirá meio metro. Muito em breve. Dezenas desses pesquisadores estão deixando o posto de trabalho para fazer ativismo climático. Somos a última geração que pode frear o desastre derradeiro.

A esperança reside em que os demais integrantes do STF, aos quais o ordenamento conferiu a prerrogativa de *guardar* a Constituição, atentem para o que consta do relatório da ministra Carmen Lúcia, na ADPF-760-DF: “As múltiplas ações ilegítimas e outras tantas omissões apontadas na peça inicial da presente arguição apresentam quadro de omissão continuada e contrária aos preceitos fundamentais apontados pelos arguentes, que indicam falhas graves na execução dos planos e programas vigentes comprovadamente determinantes para a redução da emissão de carbono e diminuição do desmatamento e das queimadas ilegais, na fiscalização e no controle ambientais, na execução orçamentária de políticas públicas nessa área, confecção de atos normativos redutores da proteção ambiental, omissão no repasse de informações sobre a política ambiental em andamento, além do descumprimento das obrigações assumidas no Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônica Legal – PPCDAm”.

Carmen Lúcia tem noção da infinita responsabilidade que recai sobre os onze guardiões não só da Constituição, mas fiadores do amanhã das gerações que nos sucederão: “É função deste Supremo Tribunal guardar a ordem constitucional do que se tem a sua função de assegurar a observância do princípio da proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, da proteção, prevenção para preservação do meio ambiente equilibrado como é função do Estado brasileiro guardar e resguardar a Floresta Amazônica, os direitos dos povos indígenas e de todos os brasileiros e gentes do tempo presente e futuro, titulares do direito à dignidade ambiental que é inerente à existência digna”.

O Procurador Geral da República deixou expresso o repúdio do governo federal em relação ao Terceiro Setor. Contrariamente ao espírito da Constituição Cidadã, que estimulou o associativismo e a formação de grupos para atuar na gestão dos interesses comuns, ele critica as organizações não governamentais que se propõem a defender a Amazônia: “Há cinco anos, num levantamento feito pela imprensa e por órgãos oficiais, havia neste país 3.300 ONGs, 3.000 na Amazônia, 300 no resto do Brasil. Este fato nos impõe uma certa cautela para que os interesses nacionais, para que a soberania popular seja, numa democracia substantiva que tanto desejamos, preservada, garantida e defendida por toda a sociedade pelo estado através das suas instituições”.

O arcaísmo impregna esse discurso que apela para temas emocionais como a soberania, cujo conceito é a cada dia mais relativizado ante uma sociedade informacional, que tem o conhecimento como capital, na qual o comando reside nos enormes conglomerados apátridas que cominam as redes comunicacionais, em evidente debilitação dos estados e seus governos.

Carmem Lúcia, Lewandowski e Alexandre de Moraes merecem o reconhecimento da nação brasileira, neste flash que é a sociedade dos atuais viventes, mas também nas dimensões do porvir, eis que o artigo 225 da Constituição ousou tornar os nascituros sujeitos de direito. Do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. São necessários mais três votos para que o governo cumpra a determinação de apresentar em 60 dias um plano de execução efetiva e satisfatória para a redução do desmatamento na Amazônia e o resguardo do direito dos indígenas que vivem na região.

## **PERSPECTIVA DE RETROCESSO?**

A esperança dos defensores da natureza pode ser tisonada com a possibilidade de superveniência de votos contrários aos já lançados por Carmen Lúcia. O ministro André Mendonça, em lugar de acompanhar a relatora, como o fizeram Ricardo Lewandowski e Alexandre de Moraes, pediu “vista” em dois processos da pauta ambiental.

Justifica-se a apreensão, pois a “vista” tem sido interpretada como um dos problemas que levam o STF a esse generalizado descrédito de boa parte da população. A “vista” é uma via para engessamento das decisões, para procrastiná-las, para desaquecer um clima favorável que, neste caso, emergia depois do primoroso voto da relatora.

Mais ainda, o ministro é ex-advogado geral da União e ex-ministro da Justiça do governo que se mostrou inimigo da natureza e se acumpliciou com os dendroclastas que prosseguem no extermínio da floresta amazônica.

Não é possível que um cidadão brasileiro com formação jurídica, desconheça o teor do artigo 225 da Constituição da República, os efeitos do aquecimento global que já ceifam preciosas vidas de brasileiros, o desmanche da estrutura protetiva lentamente elaborada numa nação que já foi considerada “promissora potência verde” e hoje é “pária ambiental”.

O argumento utilizado pelo ministro André Mendonça é que ele também tem para relatar, ações que convergem com o tema da proteção da Amazônia e do Pantanal, mas que há responsabilidade também dos Estados-membros. “Nós precisamos, para ter uma resposta, a meu ver, adequada para essa questão, tratar também da responsabilidade dos estados”. Sua intenção é focar questões como regularização fundiária na Amazônia Legal e criminalidade transnacional, como extração de madeiras. Comprometeu-se que esse pedido de “vista” será o único, em toda a pauta verde.

Cada dia perdido, na restauração da rede integral de efetiva proteção da Amazônia e dos demais biomas é trágico. Não se recompõe uma floresta do dia para a noite. Suas árvores são milenares. O Brasil está queimando seu maior tesouro. Antes mesmo de conhecer a exuberante biodiversidade, que poderia gerar recursos para reanimar a combalida economia tupiniquim, desperdiça o seu estoque natural de insumos.

Escrevo estas reflexões no dia 11 de abril de 2022, com a previsão de retomada de julgamento da pauta verde em 27 de abril. Continuo a nutrir discretíssima e serena esperança de que a votação final, no STF, também resgate o princípio da vedação de retrocesso, que foi bem machucado quando aquele Tribunal entendeu compatível com a Constituição Ecológica a lei de 2012 que, embora postule a categoria de ‘Código Florestal’, em momento algum cita essa expressão em seu teor.

O que está em jogo não é um texto normativo. É a subsistência de toda espécie de vida no planeta. Fomos longe demais. Sem esse recuo, a perspectiva é o abismo. A Terra poderá continuar a existir. Mas ela vai prescindir da espécie humana para tanto. Com a palavra, o STF. 🇧🇷

## NOTAS

- 1 FREITAS, Jânio de, *São as entranhas brasileiras*, FSP, 10.04.2022, p. A7.
- 2 FREITAS, Jânio de, Op. cit., idem, *ibidem*.
- 3 TOMAZELA, José Maria, *Ecossistema de crimes na Amazônia*, OESP, 29.03.2022, p. A22.
- 4 TOMAZELA, José Maria, Op. cit., idem, *ibidem*.
- 5 SERRA, José, *Grilagem na Amazônia: é preciso dar um basta*, in OESP, 10.03.2022, p. A4.
- 6 COLOMBO, Sylvia, entrevista com Sérgio Fajardo: *É preciso mudança governo está destruindo a Amazônia*, in FSP, 07.04.2022, p. A13.
- 7 COLOMBO, Sylvia, op. cit., idem, *ibidem*.
- 8 SASSINE, Vinicius, *Presidente do Ibama facilita a prescrição de multas ambientais*, FSP, 31.03.2022, p. B5.
- 9 Artigo 102, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil.
- 10 SASSINE, Vinicius, *Áreas protegidas são chave para metas climáticas do Brasil*, in FSP, 03.04.2022, p. B1.
- 11 SASSINE, Vinicius, Op. cit., idem, *ibidem*.
- 12 GALZO, Wesley e RIBEIRO, Luci, *STF começa a julgar decretos ambientais e Bolsonaro recua*, OESP, 31.03.2022, p. A20.



**JOSÉ RENATO NALINI** é Reitor da UNIREGISTRAL, docente da Pós-graduação da UNINOVE e Presidente da Academia Paulista de Letras – 2021-2022.



# Lesão corporal por misoginia ou violência doméstica contra a mulher

■ POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE

**“Negar a condição ou qualidade de “mulher” a uma criança do sexo feminino consistiria num absurdo filológico, biológico, ético e jurídico, promovendo, com uma interpretação insustentável da letra da lei, exatamente aquilo a que mais deve se opor a legalidade, ou seja, a injustiça.”**

**A** Lei nº 14.188/21 incluiu o § 13, no art. 129, CP, criando uma nova qualificadora quando “a lesão for praticada contra mulher, por razões da condição do sexo feminino”, com pena cominada de “reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos”.

Conforme deixa claro o art. 1º da Lei nº 14.188/21 essa qualificadora se aplica apenas aos casos de lesões corporais leves, o que é correto, já que para lesões graves, gravíssimas ou seguidas de morte já existem apenações mais rigorosas.

Na verdade, essa nova legislação é uma complementação necessária da Lei nº 13.104/15 que criou a figura qualificadora do Femicídio no crime de Homicídio (art. 121, § 2º, VI c/c § 2º-A, I e II, CP). Tanto é fato que na própria

redação do atual § 13 do art. 129, CP o intérprete é remetido ao § 2º-A do art. 121, CP para obter o conceito da elementar normativa do tipo “razões da condição do sexo feminino”. É mesmo uma incógnita por que o legislador, quando criou a figura do Feminicídio, já não operou estabelecendo uma qualificadora correspondente na lesão corporal, vez que se trata sempre da questão da violência contra a mulher.

E continua a haver uma grande dúvida sobre a razão que levou o legislador a, com a criação da nova qualificadora em estudo nas lesões corporais, não prever a aplicabilidade das causas especiais de aumento de pena previstas para o crime de Feminicídio, no art. 121, § 7º, I a IV, CP, com as redações dadas inicialmente pela Lei nº 13.104/15 e posteriormente pela Lei nº 13.771/18, para a mesma situação nas lesões corporais. Configura-se uma inconstitucionalidade por insuficiência protetiva. Entretanto, não é possível aplicar os referidos aumentos nos casos de lesões corporais do art. 129, § 13, CP por analogia, porque seria atuação “*in mallam partem*”.

No que tange à nova qualificadora das lesões corporais, é correto afirmar que esta se destina a coibir especialmente a chamada “violência de gênero” contra a mulher.

De acordo com a letra da lei e conforme o acima mencionado, o simples fato de ser uma mulher o sujeito passivo de um crime de lesão corporal não é suficiente para caracterizar a qualificadora em estudo. Esta somente estará configurada se essa forma de violência contra a mulher, que a lesiona fisicamente, for perpetrada num contexto de “violência de gênero”. Portanto, tratar-se-ão de lesões que ocorram em situações em que o agressor agrida a mulher numa atitude de exercício de um suposto “direito de posse” ou de “domínio pleno” sobre a vítima. Perceba-se que a qualificadora em destaque *não é objetiva* como pode parecer numa análise perfunctória. Não basta que a vítima seja mulher (fato objetivo), mas a isso deve aliar-se o dolo específico de que a agressão física tenha por motivação a violência de gênero, o menosprezo ou a discriminação à condição de mulher. Dessa forma a qualificadora em estudo é de natureza *subjetiva* e, portanto, incompatível com a figura privilegiada (art. 129, § 4º, CP) que prevê diminuições de pena todas elas de natureza também subjetiva.

Não obstante é de se ressaltar que esse nosso entendimento quanto à natureza subjetiva dessa qualificadora das lesões corporais não será algo indiscutível. Isso porque há quem tenha defendido que as mesmas motivações qualificadoras no caso do homicídio (figura do Feminicídio) poderiam ser ora objetivas, ora subjetivas.

Quanto ao Feminicídio (no todo aplicável à qualificadora das lesões) há, portanto, quem entenda tratar-se, na verdade, de uma qualificadora que é em parte subjetiva e em parte objetiva. Afirma, por exemplo, Montenegro, em trabalho especializado sobre o tema, que “é preciso assumir, (...), que foram criadas na verdade *duas qualificadoras isoladas*, uma de ordem objetiva e outra de ordem subjetiva”.<sup>1</sup> Nessa linha de pensamento seria então possível a existência de um Feminicídio qualificado e privilegiado concomitantemente, o que então também seria aplicável às lesões corporais qualificadas ora em estudo. Para Montenegro, se o Feminicídio é caracterizado pela “violência doméstica e familiar” (art. 121, § 2º-A, I, CP), a qualificação é objetiva e permite o convívio



com o privilégio. Já no caso do art. 121, § 2º-A, II, CP, quando o crime é cometido “por razão de condição do sexo feminino”, a qualificação seria subjetiva, não comportando conjunção com o privilégio. Esse seria, por questão de coerência, o seu mesmo raciocínio no tema das lesões por misoginia ou violência doméstica, “mutatis mutandis”. Em suas palavras, com relação ao Femicídio:

Isso implica, por exemplo, que, caso se considere o art. 121, § 1º, como causa de diminuição de pena, é possível a ocorrência do Femicídio em sua forma minorada. Isso é particularmente plausível na modalidade objetiva do Femicídio, isto é, aquele cometido em situação de violência doméstica e familiar, já que a motivação discriminatória do § 2º-A, II, assim como os demais motivos considerados reprováveis, tende a excluir qualquer justificação que explique uma redução de pena.<sup>2</sup>

Também deve ser lembrado que a celeuma é grande em torno dessa questão, pois o STJ, (5ª Turma – Agravo Regimental em Recurso Especial 174141-8/SP, rel. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 07.06.2018, public. 15.06.2018), já decidiu também que o Femicídio, tanto na figura da discriminação, quanto na da violência doméstica, seria qualificadora de ordem “objetiva”, o que valeria para a qualificadora das lesões corporais com as devidas adaptações. O citado “decisum”, chega ao ponto de admitir a coexistência da qualificadora do Femicídio (que seria então objetiva) com a qualificadora do “motivo torpe” (que é reconhecidamente subjetiva), o que a nosso ver é um disparate e configura claro e evidente “bis in idem” entre qualificadoras que são, ambas, na verdade, subjetivas. No caso das lesões a questão seria a de admitir a concomitância da qualificadora em estudo com a agravante genérica do motivo torpe, já que na lesão não existe a mesma qualificadora (motivo torpe). Certamente, para a 5ª Turma do STJ seriam compatíveis a qualificadora em destaque e a agravante genérica do motivo torpe (art. 61, II, “a”, CP), o que para nós é inviável e claramente um “bis in idem”. É óbvio que nada disso, para nosso entendimento, tem sustentação, conforme acima consignado, mas é posição que vai se consolidando na doutrina e na jurisprudência brasileiras, de modo que certamente influenciará diretamente a interpretação dessa nova qualificadora das lesões corporais.

Discorda-se frontalmente dessa orientação que, a nosso ver, desconsidera que a violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil deve reger-se, em seu conceito, pela Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), a qual determina, em seu art. 5º, “caput”, que as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher devem ser “baseadas no gênero”, o que implica em uma postura subjetiva do agente em relação à subalternização da mulher. A interpretação que considera a qualificadora parcial ou integralmente objetiva prejudica a vítima de violência e beneficia o agressor sem qualquer sustento no subsistema legal, constitucional e convencional que trata da violência contra a mulher.<sup>3</sup>

Obviamente a vítima dessa lesão qualificada somente poderá ser uma mulher. Já o autor do crime em geral será um homem, mas nada impedirá que uma mulher atue como coautora ou partícipe. Além disso, tendo por base a Lei nº 11.340/06 não é totalmente afastável a hipótese de que uma mulher

possa ser sujeito ativo do crime qualificado em estudo, desde que esteja atuando em uma relação de “violência de gênero” contra a vitimada. Por exemplo, se uma mãe lesiona a própria filha porque não quer permitir que esta estude e pretende lhe impor um papel social estritamente feminino segundo uma visão que divide de forma estanque as funções sociais de homens e mulheres (inteligência do art. 5º e seu Parágrafo Único da Lei nº 11.340/06 que, aliás, não exclui da violência de gênero as relações homoafetivas).

Este é o espírito da legislação sob comento, embora a “Teoria de Gênero” e seu aviltamento à natureza humana em matéria sexual já tenha sido muito bem denunciada por autores como Jorge Scala que sequer admitem a existência de uma “Teoria”, mas de uma pura e simples “Ideologia de Gênero” no seio da qual o que seria sociologia, história, direito, filosofia se transforma imediatamente em puro jogo de poder, ou seja, Política em seu sentido mais mesquinho, que é o de simples luta pelo Poder ao custo inclusive da verdade.<sup>4</sup>

Falando em gênero e suas polêmicas, uma questão bem-posta é a seguinte: poderá um transexual ser vítima de lesão qualificada por misoginia ou violência doméstica contra a mulher?

Um primeiro aspecto é indubitável: não se tratando de transexual, mas de homossexual masculino que não tenha alterado seu sexo anatômico e juridicamente, é claro e evidente que não poderá ser vítima da qualificadora em estudo. Isso seria realmente dar à “Ideologia de Gênero” uma amplitude paroxística e absurda.

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

Em eventual resposta à indagação inicial podem ser observadas duas posições: uma primeira, conservadora, entendendo que o transexual, geneticamente, não é mulher (apenas passa a ter órgão genital de conformidade feminina), e que, portanto, descarta, para a hipótese, a proteção especial; já para uma corrente mais moderna, desde que a pessoa portadora de transexualismo transmude suas características sexuais (por cirurgia e modo irreversível), deve ser encarada de acordo com sua realidade morfológica, eis que a jurisprudência admite, inclusive, retificação de registro civil.<sup>5</sup>

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

Este também é o entendimento de Rogério Greco:

Se existe alguma dúvida sobre a possibilidade de o legislador transformar um homem em mulher, isso não acontece quando estamos diante de uma decisão transitada em julgado. Se o Poder Judiciário, depois de cumprido o devido processo legal, determinar a modificação da condição sexual de alguém, tal fato deverá repercutir em todos os âmbitos de sua vida, inclusive o penal.<sup>6</sup>

Atualmente, porém, o STJ, por sua 6ª Turma reconheceu essa aplicabilidade de legislações que protegem a mulher às mulheres transexuais, de forma muito mais ampla, sem exigência de alteração do registro civil ou mesmo mudança anatômica do sexo (STJ, Recurso Especial 1977124/SP (2021/0391811-0), 6ª Turma, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, j. 05.04.2022).

Não obstante, há sim algo de bastante real e palpável no que diz respeito à violência contra a mulher, inclusive em situações que se adequariam ao que se convencionou chamar, por caminhos tortos ou não, de “violência de gênero”. Qualquer pessoa tem em sua experiência de vida o conhecimento de casos de crimes passionais que, realmente, em sua grande maioria têm por vítima mulheres. Dessa maneira, não se pode objetar que um criminoso que agride uma mulher porque a considera uma espécie de objeto, de propriedade, de animal sobre o qual tem poder de vida e morte, deva ser tratado com exemplar rigor pela legislação penal.

Interessante notar que a nova qualificadora da lesão corporal não apresenta o grande problema que tornava o Femicídio mais um triste exemplo de um Direito Penal meramente simbólico, totalmente inútil e demagógico. Ocorre que o homicídio de uma mulher nessas circunstâncias sempre foi, desde 1940 com a edição do Código Penal Brasileiro, uma espécie de homicídio qualificado. Nessa situação a qualificadora do “motivo torpe” estaria obviamente configurada e a pena é exatamente a mesma, ou seja, reclusão, de 12 a 30 anos (vide art. 121, § 2º, I, “in fine”, CP). A alteração legal, no caso do Femicídio, foi, na verdade, uma mera politicagem. Mas, no caso das lesões corporais realmente não havia uma qualificadora adequada e então a criação do § 13 no art. 129, CP é realmente uma inovação na repressão à violência contra a mulher. A influência da demagogia é tão grande que o legislador criou a inútil figura do Femicídio, já englobada pelo “motivo torpe” e, na época (2015), deixou descoberta a violência contra a mulher no caso de lesões corporais, para a qual não existe a qualificadora de “motivo torpe”, mas tão somente uma agravante genérica, somente se apercebendo dessa lacuna odiosa no ano de 2021 com a Lei nº 14.188/21.

Resta agora analisar como o legislador descreveu a conduta da lesão corporal contra a mulher enquanto violência de “gênero”, perfazendo seus contornos para uma diferenciação de qualquer outra agressão que tenha por vítima pessoa do sexo feminino e, mesmo assim, configure uma lesão simples ou qualificada por outro motivo.

Por exemplo, se há lesão leve a uma mulher, ainda que por um homem, numa briga originada de um desentendimento no trânsito, temos um crime de lesão corporal simples com agravante genérica do motivo fútil (art. 129, “caput”, c/c art. 61, II, “a”, CP) e não a figura qualificada, prevista no art. 129, § 13, CP. Ou seja, não é toda lesão leve de mulher que configura a qualificadora em estudo, mas apenas aquelas em que se revele a chamada “violência de gênero”.

Para tanto, o § 13 agora criado determina a qualificadora da lesão leve quando o crime é perpetrado “contra mulher”, mas não somente isso, adiciona um dolo específico: “por razões da condição de sexo feminino”. Ou seja, a lesão leve deve ter por sujeito passivo uma mulher e (conjunção aditiva) deve dar-se especificamente devido à sua condição de mulher.

A legislação remete o intérprete à norma explicativa no § 2º-A, do art. 121, CP (emprestando o tratamento dado do Femicídio) a fim de deixar bem claro o que seriam aquelas “razões de condição de sexo feminino” mencionadas no § 13, do art. 129, CP. Segundo a lei, essas razões estariam presentes em dois casos:

I – Violência Doméstica e Familiar;

II – Menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Em linhas gerais segue-se o critério da Lei Maria da Penha (art. 5º, I a III da Lei nº 11.340/06). Assim sendo pode-se dizer que a relação íntima de afeto entre a vítima e o agressor no presente ou no passado pode ter como exemplos: o namoro, o casamento, o noivado, a união estável. Como se fala que essa relação pode ser passada ficam abrangidos os ex-namorados, ex-cônjuges etc. No que diz respeito ao mesmo tema na Lei Maria da Penha, o STJ, por sua Sexta Turma, no HC 92875 já estabeleceu que a violência cometida por ex-namorado é abrangida por normas de especial proteção à mulher.

No que tange ao parentesco este pode ser consanguíneo (irmãos, pais, avós, netos etc.) ou por afinidade (sogros, cunhados etc.). É claro que neste caso quando se fala em “presente ou passado”, somente se pode estar referindo ao parentesco por afinidade, já que o consanguíneo não se desfaz. Por outro lado, olvidou o legislador a menção do parentesco legal (v.g. filho adotivo). Na Lei Maria da Penha (art. 5º, II) também não há essa menção, mas isso não gera qualquer impedimento já que, como já visto, a redação da Lei nº 11.340/06 é bem ampla, admitindo pessoas que “são ou mesmo *se consideram aparentados*”, de modo que é mais que evidente que o parentesco legal está ali contido.

Em resumo, adota o Código Penal, para a caracterização da qualificadora em comento, os mesmos critérios da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), coisa que, aliás, não poderia ser diversa.

Por fim, é preciso observar que não é somente na condição de violência doméstica e familiar contra a mulher que se caracteriza a qualificadora da lesão corporal leve, mas em qualquer situação em que a motivação do agente seja o “menosprezo ou discriminação à condição de mulher”. Seria um exemplo, agredir fisicamente uma mulher por motivo de misoginia (ódio, desprezo ou repulsa ao gênero feminino).

Outra questão importante que deve ser destacada é a que diz respeito ao conflito aparente entre os §§ 13 e 9º do art. 129, CP, com o advento da Lei nº 14.188/21.

Outra modalidade de crime qualificado de lesão corporal é prevista no § 9º do art. 129, CP. Trata-se do caso em que a lesão corporal (leve) seja praticada em situação de violência doméstica. Note-se que essa qualificadora também será aplicada somente nos casos de lesões leves, pois se as lesões forem graves, gravíssimas ou seguidas de morte haverá tipificação específica nos §§ 1º, 2º ou 3º, do próprio art. 129, CP.

A qualificadora enfocada exige especial condição do sujeito ativo e do sujeito passivo (crime bipróprio), consistente em certa relação parental ou afetiva, já que deve ser praticada “contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade”.

A pena prevista é de detenção, de 3 meses a 3 anos, estabelecida conforme alteração promovida pela Lei nº 11.340/06 (art. 44). Portanto, essa infração penal deixou de ser considerada de menor potencial ofensivo. Embora a referida alteração tenha sido promovida pela chamada “Lei Maria da Penha” (Lei nº 11.340/06), que trata da violência doméstica e familiar contra a mulher, deve-se atentar para o fato de que o art. 129, § 9º, CP, podia originalmente ter como sujeito passivo tanto homens como mulheres. A única diferença era a de que, acaso a vítima fosse mulher, podiam ser aplicados os institutos e o novo sistema protetivo da Lei nº 11.340/06. Afirma-se que a vítima podia (no passado) ser mulher ou homem, mas na atualidade, com o advento da Lei nº 14.188/21 pode-se dizer que a vítima *nunca* será mulher. Isso porque no caso de lesões leves contra mulher em violência doméstica ou misoginia, será aplicável o novo § 13, do art. 129, CP. A mulher, para ser sujeito passivo do § 9º e não do § 13, teria de ser agredida fora do contexto de violência doméstica ou misoginia, o que implica a inaplicabilidade também do § 9º. Assim sendo, o § 9º, com o surgimento da Lei nº 14.188/21, fica reservado para outros hipossuficientes nas relações domésticas, enquanto a mulher será protegida pelo § 13.

No mesmo sentido se manifesta Gilaberte, embora deixando, ao menos teoricamente, aberta a hipótese de agressão à mulher nos casos do § 9º, sem que haja violência de gênero ou misoginia. Toma-se a liberdade de transcrever o ensinamento do autor, embora se entenda que o exemplo dado, teoricamente válido, não se vá concretizar jamais na prática (não olvidando o perigo de usar palavras como “nunca” e “jamais” ou mesmo “sempre” na área jurídica):

A primeira hipótese (violência doméstica ou familiar contra a mulher), alcança quase todas as situações que antes permitiam a aplicação do § 9º do art. 129 à vítima mulher. Como se sabe, o art. 129, § 9º, prevê o crime de violência doméstica, que pode ser praticado contra vítima de qualquer gênero, homem ou mulher. Por exemplo, tanto a agressão do marido contra a esposa, como dessa contra aquele, serviam à adequação típica no § 9º. Esse panorama mudou. Hoje, quando a vítima da lesão corporal for mulher e a agressão for baseada no gênero (situação de especial vulnerabilidade), o crime será o previsto no art. 129, § 13.

O que se mantém, então, na esfera do art. 129, § 9º? Primeiramente, a lesão corporal leve praticada contra a vítima do gênero masculino, caso entre autor e vítima exista um vínculo de parentesco ou afetividade, em curso ou já findo, ou prevalecendo-se o agente de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade. No caso de vítima do gênero feminino, a única possibilidade de incidência do § 9º referir-se-á às hipóteses em que entre vítima e autor há um vínculo de parentesco ou afetividade, em curso ou já findo, ou prevalecendo-se o agente de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, desde que a violência não seja baseada no gênero, isto é, sem ter como pano de fundo uma especial vulnerabilidade da vítima.<sup>7</sup>

Além disso, quando a vítima da violência doméstica for mulher discute-se sobre a natureza da ação penal nas lesões leves. Isso porque, embora a Lei nº



9099/95 em seu art. 88, estabeleça a ação penal como pública condicionada, a Lei nº 11.340/06 determina em seu art. 41 a vedação da aplicação da Lei nº 9099/95 para os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Surgem duas correntes doutrinárias acerca do tema: uns defendem a tese de que o art. 88 da Lei nº 9.099/95 continua podendo ser aplicado, mesmo aos casos de violência doméstica contra a mulher, outros afirmam que, com a vedação legal acima mencionada, a ação passou a ser pública incondicionada. O tema é controverso e o STJ já decidiu, em votação não unânime e apertada (3 a 2), em sede de Habeas Corpus (HC 96.992 – DF – Rel. Min. Jane Silva, 12.08.2008), que a ação seria pública incondicionada. Também o STF julgou procedentes a ADI 4424 da Procuradoria Geral da República e a ADC 19 para declarar a constitucionalidade da Lei Maria da Penha e estabelecer que a ação penal nas lesões leves em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher é pública incondicionada. Também as “Vias de Fato” (art. 21, LCP) se processam, nessas circunstâncias, por “ação penal pública incondicionada”, com aplicação plena do art. 41 da Lei nº 11.340/06, já que, o STF e o STJ se posicionaram pela abrangência das contravenções pela Lei Maria da Penha. Sobre as Lesões Leves, atualmente há a Súmula 542, STJ: “A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada”.

Outro marco importante para os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, são as Súmulas 588 e 589, STJ, “in verbis”:

Súmula 588, STJ – “A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos”.

Súmula 589, STJ – “É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas”.

Obviamente essas regras quanto à ação penal pública incondicionada, penas substitutivas e Princípio da Insignificância valem para os casos de violência doméstica ou familiar contra a mulher ou misoginia previstos atualmente no § 13, do art. 129, CP, nos termos da Lei nº 14.188/21.

Por seu turno, o § 10 do art. 129, CP prevê uma causa de aumento de pena, para os casos de lesões graves, gravíssimas e seguidas de morte, caso ocorram as circunstâncias elencadas no § 9º, o aumento previsto é da ordem de um terço. Então, se ocorrer violência doméstica e as lesões forem leves, o crime será qualificado nos termos do § 9º. Já se houver violência doméstica e as lesões forem graves, gravíssimas ou seguidas de morte, incidirá uma causa de aumento de pena sobre os preceitos secundários dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 129, CP. Não obstante olvidou-se o legislador, infelizmente, de prever esse aumento nos casos de lesões graves, gravíssima ou seguidas de morte configurados na qualificadora do § 13. Essa é uma lacuna bastante grave e indesejável, a qual novamente não pode ser colmatada por analogia, que seria “in mallam partem”. Dessa forma, no caso de lesões graves, gravíssimas ou seguidas de morte em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher ou misoginia, aplicar-se-ão tão

somente os §§ 1º, 2º ou 3º, do art. 129, CP, sem nenhuma exasperação, o que é bastante assistemático considerando o tratamento conferido ao art. 129, § 9º c/c § 10, CP.

O § 11 prevê uma causa de aumento de pena para os casos de violência doméstica com lesões leves (§ 9º), também da ordem de um terço quando “o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência”. Essa causa de aumento não incide nos casos dos §§ 1º, 2º e 3º, mas somente para a pena do § 9º. Obviamente também não há incidência dessa causa de aumento nos casos do § 13 sob comento. Em nossa visão, tal causa de aumento deveria abarcar tanto os §§ 1º, 2º e 3º, como também os §§ 9º (o qual já abarca realmente) e 13, todos do art. 129, CP. Isso considerando que a pessoa deficiente mereceria maior proteção legal dadas as suas especiais condições de vulnerabilidade. Contudo, a legislação, desde a sua origem, com a Lei nº 11.340/06, optou, sabe-se lá por que, pela restrição da majorante apenas ao § 9º, o que, infelizmente, não se altera com a Lei nº 14.188/21.

Por derradeiro vale destacar um questionamento formulado pelo colega Delegado de Polícia e Jurista, Ruchester Marreiros Barbosa em discussão via WhatsApp:

“O § 13 do art. 129, CP institui como sujeito passivo ‘mulher’. E quando a vítima for uma criança ou adolescente, por exemplo. Poderíamos conceituá-la como mulher”?<sup>8</sup>

Barbosa respondeu a essa questão de forma negativa, afirmando que no conceito de “mulher” a ser protegida pelo § 13, do art. 129, CP, não caberiam pessoas do sexo feminino que não fossem adultas.

Nosso entendimento, no entanto, com todo o respeito, é diametralmente oposto. O conceito de mulher utilizado pelo legislador é obviamente amplo, abrangendo todas as pessoas humanas do sexo feminino, e mais, a jurisprudência e a doutrina, têm ampliado o conceito, como já visto, até mesmo para alcançar transexuais. Tal amplitude não permite que se retire do âmbito protetivo as *meninas* (crianças e adolescentes). Não se trata de analogia e nem mesmo de interpretação ampliativa. Trata-se de dar o sentido devido a um universal (mulher) empregado na dicção legal, a qual não faz distinções de qualquer natureza etária ou identitária e a nosso ver nem o poderia fazer, sob pena de inconstitucionalidade por insuficiência protetiva e violação da proporcionalidade. Isso porque não teria cabimento haver especial proteção a mulheres adultas vítimas de violência, enquanto se deixa ao léu crianças e adolescentes do sexo feminino.

É preciso não olvidar que o emprego do universal mulher, tal como homem jamais foi restritivo, referindo-se ao ser humano em geral, independentemente da idade. Quando se quer restringir o significado, aí então se deve qualificar a condição especial pretendida e usar um elemento de distinção, tal como, “mulher adulta”, “homem adulto”, “criança”, “adolescente”, “maiores de idade”, “menores”, “pessoas capazes”, “incapazes”, “vulneráveis” etc. O emprego do universal sem qualificação expressa significa o intento de abrangência máxima da categoria humana a que se refere.

No caso concreto, toda essa legislação protetiva da mulher se refere a uma chamada “discriminação positiva” baseada em sua hipossuficiência. Ora, se uma mulher adulta, por exemplo, de 32 anos, lutadora de artes marciais, é protegida pela lei, por qual motivo insondável e irrazoável uma menina recém-nascida ou uma menina de 8 anos, totalmente indefesa, não seria digna da proteção legal?

Na discussão do tema, Barbosa procura afastar a aplicabilidade do § 13, do art. 129, CP para meninas, alegando que a proteção legal, por exemplo, conferida pela Lei Maria da Penha ou pela Lei do Depoimento Especial, pode se referir a crianças e adolescentes. No entanto, alega o autor que no caso do § 13, a questão seria de tipicidade penal, a qual exige uma interpretação restritiva, de modo que o emprego pelo legislador do termo “mulher”, afastaria a norma penal quando a vítima fosse uma menina.<sup>9</sup>

Um primeiro ponto a contrastar essa pretensão de Barbosa em separar hermeticamente os direitos das mulheres em geral (independente da idade) e a garantia penal desses direitos, é o fato de que o autor esquece que não existe direito sem a respectiva garantia. O suposto “direito” nessas circunstâncias não passa de um espectro, uma fantasmagoria ilusória. Como ensina Dalla Rosa:

Assim ao entender-se poder como possibilidade de ação social, o direito nada mais pode ser do que a garantia dada por alguém de fora, ao exercício de um poder. Ou seja, de forma alguma se poderia falar em direito se não existisse previamente um meio de fazê-lo existir, que seria a garantia jurídica de possibilidade de atuação (ou não) conforme a decisão pessoal de cada pessoa.

Ao suprimir esta garantia, automaticamente desaparece o direito, pois é impossível pensar em um direito (...) se essa mesma prerrogativa não fosse garantida, pois tal não existiria, a não ser como parte de um discurso retórico manipulador.<sup>10</sup>

No seguimento, como já exposto, pode-se afirmar que não assiste razão ao autor porque o legislador emprega o termo “mulher” clara e evidentemente em seu sentido universal e abrangente, sendo a interpretação restritiva, nesse caso concreto, geradora de irrazoabilidade, desproporcionalidade e insuficiência protetiva. Na verdade, a indagação de Barbosa é deveras inusitada, pois que a interpretação do universal mulher tem sido tratada em geral como uma evidência que não comporta maiores discussões. A evidência é um conhecimento inegável, indestrutível, irrefutável, apodítico. Há um problema que obnubila as consciências na atualidade. A mania de atomizar as pessoas em categorias identitárias cada vez mais restritas e desconsiderar a noção universal de homem como ser humano e de seus direitos e deveres de acordo com essa universalidade e não de acordo com esta ou aquela identidade restritiva. Isso tem causado um verdadeiro embotamento da inteligência e da própria noção antropológica dos seres humanos (homens e mulheres) que já não são mais reconhecidos em sua dignidade pela sua humanidade comum, mas por aquilo que os distingue particularmente, erro este que não é somente intelectual, mas moral ou ético, levando a disparates como a questão ora posta e também a consequências temíveis e terríveis como a

possibilidade de discriminações negativas que se diz pretender combater, mas que acabam sendo construídas e sustentadas exatamente por essa espécie de mentalidade divisiva.

A lição de Voegelin acerca do “resgate da linguagem” é relevante neste contexto:

Resgatar a linguagem significava recuperar o objeto a ser por ela expresso, o que, por sua vez, significava sair do que hoje se chamaria a falsa consciência da burguesia ordinária (aí incluindo positivistas e marxistas), cujos representantes literários eram as vozes dominantes do meio cultural. Daí que essa preocupação com a linguagem fizesse parte da resistência contra as ideologias. As ideologias destroem a linguagem, uma vez que, tendo perdido o contato com a realidade, o pensador ideológico passa a construir símbolos não mais para expressá-la, mas para expressar sua alienação em relação a ela. Por isso necessário se faz “transpor esse simulacro de linguagem e restaurar a realidade por meio da restauração da linguagem” (interpolação nossa).<sup>11</sup>

A argumentação restritiva da palavra mulher para mulheres adultas não é sustentável porque é inviável afastar a natureza universal do termo “mulher” não adjetivado. E mais, acaso retirada a universalidade, o que seria então uma mulher, a partir de quando se seria uma mulher? As adolescentes estariam abrangidas em detrimento das crianças? Somente mulheres maiores de 18 anos? Maiores de 16 anos? Maiores de 14 anos? Após a menarca? Perceba-se que aí sim estaríamos diante de uma palavra indeterminada que viola a segurança jurídica exigível no campo penal. Não cabe aqui o existencialismo de Beauvoir para afirmar que “não se nasce mulher, se torna mulher”,<sup>12</sup> esse desvario filosófico não serve para balizar uma ciência prática como o Direito, muito menos o Direito Penal. A palavra “mulher” é realmente ampla, porém absolutamente segura e definida jurídica e faticamente. Mulher é a pessoa (qualquer uma) do sexo feminino. Não há indefinição. Não se pode confundir amplitude com indefinição ou insegurança. A insegurança somente surge com o questionamento que pretende mutilar o universal e converter este a fórceps em particular que, por natureza, ele não é.

Ademais, as Convenções Internacionais de Proteção à Mulher não são jamais excludentes das meninas. A menina (criança ou adolescente) sempre contou com indiscutível proteção como mulher e como criança ou adolescente. No ordenamento interno nem a Constituição Federal, nem a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06) são excludentes das crianças e adolescentes do sexo feminino, o que seria irrazoável e até teratológico.

Como se disse, a palavra “mulher” é bem definida, ampla sim, mas jamais insegura. Quando admitimos uma teia protetiva para vulneráveis onde mulher é qualquer mulher, isso tem duas faces necessárias e inseparáveis. Se por um lado estamos diante de uma proteção para as mulheres em geral, também, ao mesmo tempo, estamos diante do estabelecimento de uma série de restrições penais, processuais penais e híbridas (penais e processuais penais concomitantemente) contra o suspeito, acusado ou condenado. Trata-se de sistematizar a relação necessária entre direitos e garantias, conforme acima

já destacado. Por exemplo, vedação de aplicação dos benefícios do JECrim, critérios mais rígidos para penas alternativas, restrições impostas como medidas protetivas etc. Em todo esse percurso a palavra “mulher”, que é segura e determinada, não deve estar sujeita à exclusão de mulheres crianças ou adolescentes. Exatamente a sistemática protetiva, a razoabilidade e proporcionalidade estão a indicar a abrangência de qualquer mulher (ser humano do sexo ou gênero feminino), e não a exclusão das menores, o que configuraria uma terrível insuficiência protetiva, violadora do chamado “garantismo integral positivo”.<sup>13</sup> Não seria possível promover uma redução do natural significado universal de mulher, desprotegendo crianças e adolescentes do sexo feminino em nome do que se tem chamado de um “garantismo hiperbólico monocular” que se orienta somente pelo aspecto garantista negativo ou de inconstitucionalidade por excesso.<sup>14</sup>

Outro aspecto importante que reúne história legislativa e interpretação sistemática, encontra-se no fato incontestável de que essa nova figura de lesão corporal nada mais é do que uma derivação da qualificadora do Femicídio, prevista anteriormente no crime de homicídio, tanto é fato que há expressa referência legal ligando os dispositivos, conforme já se destacou neste texto. O Femicídio se refere também igualmente a “mulher”. E seria inconcebível que se alguém, por exemplo, matasse a filha recém-nascida devido a sua condição de pertença ao sexo feminino, não fosse um caso claro e evidente de Femicídio. Sistemática e historicamente é inegável que o legislador trata da violência (primeiro homicida e depois agressiva) contra a mulher, independente da questão etária. A idade tenra, ao reverso, é um elemento de reforço da necessidade de tutela especial da vítima e não de sua exclusão em nome de suposto garantismo erigido em prol do criminoso. É preciso lembrar que é verdadeira a afirmação de que “os direitos humanos se ocupam (e se preocupam) da vítima”. Isso pode ser extraído “da própria historicidade desses direitos”. Compulsando o contexto da edição dos diversos documentos internacionais sobre o tema e as razões expostas nos preâmbulos das declarações, constata-se “que a pessoa humana é o seu objeto de proteção, notadamente enquanto vítima de violações de direitos humanos”,<sup>15</sup> sendo sempre bom recordar que a violência contra a mulher é considerada uma forma de violação desses direitos (inteligência do art. 6º, da Lei nº 11.340/06).


Trazendo o caso para as lesões, imagine-se que um casal desejasse um filho homem, por preconceito de gênero. Nascida uma menina, devido exatamente à sua condição de sexo feminino, passaria a sofrer violência física (lesões corporais), violência psicológica (nova figura que também usa a palavra “mulher”) etc. Tais fatos, tais condutas não poderiam, com um mínimo de razoabilidade, serem consideradas atípicas, ainda que só relativamente, considerando a qualificadora da lesão corporal e o novo crime de violência psicológica contra a mulher, pretendendo-se a tipificação de outros crimes como lesões comuns, ameaça, constrangimento ilegal etc. Não há também aqui razão no sentido de razoabilidade e proporcionalidade para descartar as normas protetivas especiais. Rumando para a História, exemplos abomináveis como este foram inspiração para esses tipos penais em sua criação, considerando fatos comprovados da antiguidade (v.g. Esparta) e da História recente (v.g. China, vários grupos



indígenas brasileiros etc.). Note-se que tais referenciais históricos tratam exatamente de vítimas de idade reduzida ou mesmo de recém-nascidas.

Nos ajuda na sensibilização e na presença da lembrança a bela passagem do cronista Paulo Briguet em seu texto “A Multidão da Praça Vazia”:

Estavam na praça as crianças da China. As meninas, sobretudo as meninas, milhões delas, com seus coraçõezinhos, com suas mãozinhas, com seus olhos diminutos, com os nomes que não puderam ter, com os choros que não puderam chorar, com as palavras que não puderam dizer, com as luzes que não puderam ver, com os passos que não puderam dar, com os amores que não puderam conhecer, com os filhos que não puderam conceber, mas acima de tudo – acima de tudo! – com as mortes que lhes foram dadas e lhes franquearam a conquista da eternidade.<sup>16</sup>

Negar a condição ou qualidade de “mulher” a uma criança do sexo feminino consistiria num absurdo filológico, biológico, ético e jurídico, promovendo, com uma interpretação insustentável da letra da lei, exatamente aquilo a que mais deve se opor a legalidade, ou seja, a injustiça. Injustiça esta derivada da desproporção, irrazoabilidade e insuficiência protetiva, as quais, por seu turno, advém de uma racionalidade pervertida, desvirtuada, tal como se diz das virtudes enlouquecidas, que se convertem nos mais abjetos vícios.<sup>17</sup> 

## NOTAS

- 1 MONTENEGRO, Lucas. *Por que se qualifica o homicídio? Um estudo sobre a relevância da motivação em Direito Penal, por ocasião da Lei do Feminicídio* (Lei nº 13.104, de 2015). São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 33.
- 2 Op. cit., p. 38-39.
- 3 Também considera a qualificadora sempre como subjetiva, Bruno Gilaberte. Cf. GILABERTE, Bruno. Análise da Lei nº 14.188/2021: lesão corporal por razões de condição de sexo feminino e violência psicológica contra a mulher. Disponível em <https://profbrunogilaberte.jusbrasil.com.br/artigos/1254533892/analise-da-lei-n-14188-2021-lesao-corporal-por-razoes-de-condicao-de-sexo-feminino-e-violencia-psicologica-contra-a-mulher#:~:text=Esse%20projeto%20se%20transformou%20na,modificando%20a%20estrutura%20do%20art.>, acesso em 17.04.2022.
- 4 SCALA, Jorge. *Ideologia de Gênero*. São Paulo: Katechsis/Artpress, 2011, “passim”. O autor centraliza sua crítica principalmente no fato de que a Ideologia de Gênero pretende fazer do sexo algo que pode ser objeto de “vontade” e não resultado da natureza, bem como as terríveis consequências que essas distorções da realidade podem trazer consigo.
- 5 CUNHA, Rogério Sanches. Lei do Feminicídio: breves comentários. Disponível em [www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br), acesso em 16.04.2022.
- 6 Apud, Op. cit.
- 7 GILABERTE, Bruno. Op. Cit.
- 8 BARBOSA, Ruchester Marreiros. Conceito de Mulher no art. 129, § 13, CP. WhatsApp. 25.10.2021. 14:04. 1 mensagem de WhatsApp.
- 9 Op. cit.
- 10 DALLA – ROSA, Luiz Vergilio. *O Direito como Garantia – Pressupostos de uma Teoria Constitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 71.

- 11 VOEGELIN, Eric. *Reflexões Autobiográficas*. Trad. Maria Inês de Carvalho. São Paulo: É Realizações, 2007, p. 39.
- 12 BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo: A Experiência Vivida*. São Paulo. Difusão Européia do Livro. Tradução de Sergio Milliet. 2010, p. 9.
- 13 FISCHER, Douglas. Garantismo Penal Integral (e não o Garantismo Hiperbólico Monocular) e o Princípio da Proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina do TRF – 4*. Porto Alegre: n. 28, mar. 2009, “passim”.
- 14 Op. cit., “passim”.
- 15 REZENDE, Guilherme Carneiro de. *O Direito Humano da Vítima a um Processo Penal Eficiente*. Curitiba: Juruá, 2021, p. 160.
- 16 BRIGUET, Paulo. *Nossa Senhora dos Ateus*. Campinas: Sétimo Selo, 2021, p. 239.
- 17 Cf. CHESTERTON, G. K. *Ortodoxia*. Trad. Almiro Pisetta. São Paulo: Mundo Cristão, 2008, p. 52.

## REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Ruchester Marreiros. Conceito de Mulher no art. 129, § 13, CP. WhatsApp. 25.10.2021. 14:04. 1 mensagem de WhatsApp.
- BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo: A Experiência Vivida*. São Paulo. Difusão Européia do Livro. Tradução de Sergio Milliet. 2010.
- BRIGUET, Paulo. *Nossa Senhora dos Ateus*. Campinas: Sétimo Selo, 2021.
- CHESTERTON, G. K. *Ortodoxia*. Trad. Almiro Pisetta. São Paulo: Mundo Cristão, 2008.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Lei do Feminicídio: breves comentários*. Disponível em [www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br), acesso em 16.04.2022.
- DALLA – ROSA, Luiz Vergílio. *O Direito como Garantia – Pressupostos de uma Teoria Constitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.
- FISCHER, Douglas. Garantismo Penal Integral (e não o Garantismo Hiperbólico Monocular) e o Princípio da Proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina do TRF – 4*. Porto Alegre: n. 28, mar. 2009.
- GILABERTE, Bruno. Análise da Lei nº 14.188/2021: lesão corporal por razões de condição de sexo feminino e violência psicológica contra a mulher. Disponível em <https://profbrunogilaberte.jusbrasil.com.br/artigos/1254533892/analise-da-lei-n-14188-2021-lesao-corporal-por-razoes-de-condicao-de-sexo-feminino-e-violencia-psicologica-contra-a-mulher#:~:text=Esse%20projeto%20se%20transformou%20na,modificando%20a%20estrutura%20do%20art.>, acesso em 17.04.2022.
- MONTENEGRO, Lucas. *Por que se qualifica o homicídio? Um estudo sobre a relevância da motivação em Direito Penal, por ocasião da Lei do Feminicídio (Lei nº 13.104, de 2015)*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- REZENDE, Guilherme Carneiro de. *O Direito Humano da Vítima a um Processo Penal Eficiente*. Curitiba: Juruá, 2021.
- SCALA, Jorge. *Ideologia de Gênero*. São Paulo: Katechsis/Artpress, 2011.
- VOEGELIN, Eric. *Reflexões Autobiográficas*. Trad. Maria Inês de Carvalho. São Paulo: É Realizações, 2007.



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

# A nova Lei de Improbidade Administrativa e o reflexo no âmbito do Direito Eleitoral

■ POR MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS

“A Lei nº 14.230/2021, que modificou a Lei nº 8.429/92, possui aplicação imediata nas ações em curso, inclusive nas execuções/cumprimentos de sentença, com inegáveis reflexos diretos nas penalidades afetas no Direito Eleitoral.”



## DO DIREITO ELEITORAL E A NOVA DISCIPLINA LEGAL DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O sistema de responsabilização por ato de improbidade administrativa teve grandes alterações com o advento da Lei nº 14.230/2021, que buscou corrigir as falhas legislativas constantes da redação inaugural da Lei nº 8.429/92.

A maior falha da redação inicial da Lei nº 8.429/92, em nosso entendimento, estava ligada aos comandos abertos da norma, que ao não definir o núcleo do tipo do ato de improbidade administrativa permitia que o intérprete pudesse manejar ações de improbidade voltadas contra atos ilegais, sem a demonstração de má-fé ou de desonestidade praticados por parte do agente público.

A partir do momento em que não havia uma normatização técnica sobre o tema, tudo, ou quase tudo, poderia ser considerado como ato de improbidade administrativa, até aquele que era precedido de boa-fé.

Essa grave falha legislativa causou muito desconforto para agentes públicos ou políticos incluídos em polos passivos de demandas que envolvem ato de improbidade, pelo simples fato de serem ordenadores de despesas ou possuírem cargo de direção ou de chefia de órgãos públicos.

Na verdade, esse excesso de judicialização de todo e qualquer ato público, sem o devido critério, em face do já citado defeito legislativo, levou ao que se denominou um verdadeiro “apagão das canetas”, onde o agente público bem-intencionado não aceitava a ascensão em sua carreira, para não ser alçado a condição de réu em ação de improbidade, sem ter praticado ato de desonestidade ou má-fé.

Não suportando mais tal anomalia jurídica, o legislador viu-se na necessidade de alterar os equívocos detectados na redação inicial da Lei nº 8.429/92. Inicialmente, para tanto, foi constituída uma Comissão de Especialistas na matéria, presidida pelo Min. Mauro Campbell Marques, da qual tive a honra de participar, com a incumbência de esboçar ideias construtivas para a alteração da legislação, com a participação da sociedade em inúmeras audiências públicas.

Feito o primeiro esboço da matéria pela aludida Comissão, o estudo foi encaminhado para o Deputado relator do respectivo Projeto da Lei, que após algumas alterações apresentou o texto promulgado pela Lei nº 14.230/2021, alterando quase que por completo a redação inicial da Lei de Improbidade Administrativa.

Inicialmente, é de se destacar que o legislador foi feliz em deixar explícito que somente as condutas dolosas é que irão tipificar os atos de improbidade descritos nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92 (§ 1º, art. 1º).

Sendo considerado dolo, para fins de improbidade, “a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts 9º, 10 e 11 dessa Lei, não bastando a voluntariedade do agente” (§ 2º, do art. 1º, da Lei nº 8.429/92).

Agora, o mero exercício da função ou desempenho de competências, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa, em face do disposto do § 3º, do art. 1º, da Lei nº 8.429/92.

Alterada de forma substancial a Lei de Improbidade Administrativa, o legislador optou por determinar também expressamente a aplicação dos princípios constitucionais do direito sancionador (§ 4º, art. 1º), sendo certo que um dos princípios constitucionais do direito sancionador é a retroatividade da lei mais benéfica (art. 5º, XL, da CF).

Tal discussão jurídica está aguardando o julgamento do Tema nº 1.199/STF, que trata da aplicação retroativa das alterações da Lei de Improbidade, mais precisamente sobre a prescrição intercorrente e a necessidade do dolo no *caput* dos arts. 10 e 11, da Lei nº 8.429/92.

O relator do referido Tema nº 1.199/STF, Ministro Alexandre de Moraes, no dia 22/4/22, acolheu embargos de declaração opostos pelo Procurador Geral da República em face da decisão monocrática que determinou a suspensão do processamento dos Recursos Especiais nos quais suscitada, ainda que por simples petição, a aplicação retroativa da Lei nº 14.230/2021, para determinar a suspensão do prazo prescricional nos processos com repercussão geral reconhecida no Tema nº 1.199/STF.

Delimitado o tema ao artigo aqui proposto, impende deixar explícito que uma das relevantes situações que irá refletir no direito eleitoral é o enriquecimento ilícito do agente público, que era presumida no inc. VII, do art. 9º, da Lei nº 8.429/92, segundo interpretação jurisprudencial, e agora não pode mais ser presumido, pois na ação de improbidade não se aplica a imposição de ônus da prova ao réu, na forma dos § 1º e 2º do art. 373, do CPC (§ 19, II, art. 17, da Lei nº 8.429/92).

Sendo causa de inexigibilidade, é importante destacar que a imposição do ônus da prova é do autor da ação de improbidade, que deverá deixar explícito (provado) que o enriquecimento ilícito do agente público, cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda, decorreu da prática de ato omissivo ou comissivo no exercício ou em decorrência do vínculo público.

Não basta a alegação do poder público de que há desproporcionalidade da evolução do patrimônio ou da renda do agente público, devendo ser provado, pois não se pode mais condenar sem produção das provas tempestivamente especificadas (§ 10-E, II, Art. 17, da Lei nº 8.429/92).

Também em boa hora, o art. 10, da Lei nº 8.429/92, estabelece que o ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, por ação ou omissão, deve ser doloso, desaparecendo a figura da culpa, prevista na redação inicial do citado artigo.

Além do dolo, deve ser efetiva e real a perda patrimonial (prejuízo) do ente de direito público, deixando de ser admitido o dano *in re ipsa*, até então admitido pela jurisprudência, quando era frustrada uma licitação, dentre outras situações legais.

Outra alteração relevante foi inerente ao art. 11, da Lei nº 8.429/92, que constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por condutas taxativas, descritos nos incisos subsequentes do aludido artigo.

Na hipótese do art. 11, da Lei nº 8.429/92, não há mais a sanção de perda da função pública ou suspensão dos direitos políticos (inc. III, do art. 12, da Lei nº 8.429/92).

No que tange ao Direito Eleitoral, a Lei nº 14.230/2021, que revogou e alterou dispositivos legais da Lei nº 8.429/92, possui reflexo direto no tema das inelegibilidades, estabelecidas nos inciso I, alíneas “g” e “l”, do art. 1º, da Lei Complementar nº 64/1990, assim descritos:

“Art. 1º São inelegíveis:

I – para qualquer cargo:

(...)

g – os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição



Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;

(...)

l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena;”.

Como visto, o inciso I, alínea “l”, do art. 1º, determina que estão inelegíveis aqueles que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, o que significa dizer que os que forem condenados por dolo genérico estariam fora do contexto *sub oculis*.

Isso porque, pela retroatividade das alterações da Lei nº 8.429/92 (art. 1, § 4º), não será permitido ao judiciário eleitoral reconhecer inelegíveis os condenados por dolo genérico com base na redação inaugural da citada lei.

Assim, a atual redação da Lei nº 8.429/92 exige a prática de dolo direto e não eventual, bem como aqueles que foram condenados sem o devido exame do elemento subjetivo, situação concreta da hipótese de ausência de fundamentação adequada. Essas alterações impactam de forma permanente o Direito Eleitoral, quando forem decididos os processos de impugnações de candidaturas.

Os processos de impugnação de uma candidatura eleitoral devem seguir o plasmado da Lei da Ficha Limpa e de toda a legislação aplicável, para que se permita o registro daqueles em que cumpram os requisitos legais, e que se negue o registro para aqueles que não consigam demonstrar que estão aptos para serem votados, em face dos impedimentos criados pelo legislador, para evitar que políticos desonestos e ímprobos sejam candidatos.

Em fase da nova ordem legal estabelecida na Lei nº 8.429/92, não estaria a Justiça Eleitoral decidindo sobre o acerto ou desacerto das decisões proferidas por outros órgãos do Judiciário ou dos Tribunais de Contas, consoante determinado pela Súmula nº 41/TSE, mas objetivamente analisando a causa de inelegibilidade a que alude a atual redação da Lei de Improbidade Administrativa, com a redação que lhe deu a Lei nº 14.230/2021.

Também não haverá a incidência do § 7º, do art. 73 da Lei nº 9.504/97, em qualquer das hipóteses previstas como ato de improbidade na modalidade “violação a princípios”, uma vez que foi explicitamente revogada pela Lei nº 14.230/2021, que suprimiu o inciso I, do art. 11, da Lei nº 8.429/92.

Da mesma forma, a absolvição criminal em ação que se discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação de improbidade administrativa, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386, do CPP (§ 4º, art. 21, da Lei nº 8.429/92).

Em outras palavras, como agora há a repercussão plena de uma absolvição penal, julgada por órgão colegiado independentemente da fundamentação, se os fatos forem os mesmos, a ação de improbidade, mesmo em fase de execução do julgado, terá a sua tramitação interrompida, em face da impossibilidade da prática do *bis in idem*, segundo o disposto do § 4º, do art. 21, da Lei nº 8.429/92.

Assim sendo, em face da unidade de direito, os mesmos fatos julgados em um órgão colegiado criminal, no caso da absolvição, possuem o condão de impedir o trâmite da Ação de Improbidade, inclusive em fase de execução/cumprimento de sentença, em prol do princípio do *non bis in idem*.

Essa situação concreta impactará no direito eleitoral, que ao cumprir o que vem estatuído no § 4º, do art. 21, da Lei nº 8.429/92, terá que se utilizar da absolvição criminal como balizador, impedindo que o título judicial condenatório na ação de improbidade, baseado em norma revogada ou alterada, tenha reflexo negativo no registro da candidatura, se os fatos forem os mesmos.

## **DA INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO JUDICIAL BASEADO EM PRECEITO INEXISTENTE NA NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

A questão relativa às execuções/cumprimentos de sentença em curso baseadas em títulos judiciais transitados em julgado sob a égide da antiga redação da Lei nº 8.429/92 merece profunda reflexão, haja vista que a Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, publicada no D.O de 26/10/2021, alterou substancialmente a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), entrando em vigor imediatamente, na data de sua publicação.

O § 4º, do art. 1º, da Lei nº 8.429/92, incluído pela Lei nº 14.230/2021, determina a aplicação ao sistema da improbidade dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador, restando assim grafado:

“Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta lei.

(...)

§ 4º *Aplica-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.*” (grifamos)

Ora, quanto às normas de natureza processual, não remanescem maiores dúvidas quanto à aplicação imediata da atual Lei de Improbidade Administrativa aos processos em curso, que deverão se adaptar às inovações normativas na forma do art. 14 do Código de Processo Civil, e, por analogia, do art. 2º do Código de Processo Penal, que preveem a aplicação imediata de norma processual aos processos em curso.

Assim, resta absolutamente inquestionável a aplicação imediata das alterações introduzidas pela nova Lei nº 14.230/21 na redação original da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) aos processos em curso, inclusive àqueles em fase de execução/cumprimento de sentença, mormente pelo fato de que

se aplicam ao sistema disciplinado na referida lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador, que preconiza a retroatividade da lei mais benéfica.

Pois bem, o § 1º, do art. 525, do Código de Processo Civil, estabelece as matérias que poderão ser arguidas por meio de Impugnação do Cumprimento de Sentença, e, entre elas, contempla em seu inciso III a inexigibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação, *verbis*:

“Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

§ 1º Na impugnação, o executado poderá alegar:

(...)

III – inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;”

Por sua vez, o § 12, do referido art. 525, do Código de Processo Civil, estabelece que considera-se inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, *litteris*:

§ 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

A intenção do legislador processual, ao introduzir o preceito de lei acima transcrito, era exatamente impedir a execução das sentenças transitadas em julgado, proferidas com base em leis declaradas posteriormente inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, impedir que o título judicial baseado em lei retirada do ordenamento jurídico possa produzir seus efeitos.

E o Supremo Tribunal Federal, quando suscitado sobre a constitucionalidade do § 1º, do art. 741, do CPC/73, cujas disposições foram repetidas pelo § 12, do art. 525 do atual Código de processo Civil, assim entendeu:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 475-L, § 1º, e art. 741, parágrafo único, da Lei 5.869/1973 – anterior Código de Processo Civil. 2. Inexecutabilidade de título judicial transitado em julgado quando fundamentado em norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. 3. Constitucionalidade. 4. Precedentes. ADI 2.418, rel. Min. Teori Zavaski, DJe 17.11.2016, e RE-RG 611.503, rel. Min. Teori Zavascki, redator para acórdão Min. Edson Fachin, DJe 19.3.2019. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.” (ADI 3740, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Ple-

no, julgado em 27/09/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-262 DIVULG 29-11-2019 PUBLIC 02-12-2019)

Assim, por analogia, tal princípio deve ser também aplicado com relação às normas revogadas ou suprimidas do ordenamento legal, como aquelas implementadas pelas alterações da Lei nº 8.429/92, produzidas pela Lei nº 14.230/21.

Na prática, não há diferença entre um preceito de lei declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, e um preceito revogado/suprimido/alterado por lei posterior, haja vista que, em ambos os casos, não mais produz efeitos a norma primitiva no mundo jurídico.

Portanto, a sentença judicial proferida em Ação de Improbidade Administrativa, transitada em julgado, baseada em preceitos revogados/suprimidos/alterados da Lei nº 8.429/92 (pela Lei nº 14.230/21), não poderá ser executada diante da total inexecutabilidade do título.

E não há que se falar, sequer, em Ação Rescisória, devendo a execução/cumprimento de sentença de título judicial baseado em preceito revogado/suprimido/alterado da Lei nº 8.429/92 ser impugnada com fulcro no inciso III, do § 1º e § 12, do art. 525, do Código de Processo Civil, em razão da própria interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Vale lembrar que, com relação à retroatividade das disposições da Lei nº 14.230/2021, que alterou a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), mais precisamente sobre à aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente, bem como no tocante à necessidade da presença do elemento subjetivo (dolo) para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no art. 10 da referida lei, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da controvérsia nos autos do ARE 843.989/PR, afetado como o Tema nº 1.199, que restou assim ementado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. LEI 14.230/2021. APLICAÇÃO RETROATIVA DAS DISPOSIÇÕES SOBRE O DOLO E A PRESCRIÇÃO NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

1. Revela especial relevância, na forma do art. 102, § 3º, da Constituição, a definição de eventual (IR)RETROATIVIDADE das disposições da Lei nº 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no art. 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente.

2. Repercussão geral da matéria reconhecida, nos termos do art. 1.035 do CPC. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada”. (STF, ARE 843.989/PR, Pleno, julgamento em 24/02/2022, Relator: Min. Alexandre de Moraes).

Por outro flanco, em decisão monocrática, o i. Ministro ALEXANDE DE MORAES determinou a suspensão dos Recursos Especiais nos quais suscitada a aplicação retroativa da Lei nº 14.230/21, verbis:

“Trata-se de Recurso Extraordinário no qual reconhecida a repercussão geral do debate relativo à: definição de eventual (IR)RETROATIVIDADE das disposições da Lei nº 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no art. 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente”. (julgado em 25/2/2022, Tema 1199).

O art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, por sua vez, dispõe que, “reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional”.

(...)

Não obstante, simples pesquisa na base de dados do Superior Tribunal de Justiça revela que proliferam os pedidos de aplicação da Lei nº 14.230/2021 em processos na fase de Recurso Especial, já remetidos ao Tribunal da Cidadania pelos Tribunais de origem.


Assim, considerando que tais pleitos tem como fundamentos a controvérsia reconhecida na repercussão geral por essa SUPREMA CORTE, recomenda-se, também, o sobrestamento dos processos em que tenha havido tal postulação, com a finalidade de prevenir juízos conflitantes.

Por todo o exposto, além da aplicação do art. 1.036 do Código de Processo Civil, DECRETO a SUSPENSÃO do processamento dos Recursos Especiais nos quais suscitada, ainda que por simples petição, a aplicação retroativa da Lei nº 14.230/2021”.

(...)”

Assim, diante da reconhecida repercussão geral no ARE 843.989/PR, que perquire a retroatividade da Lei nº 14.230/2021 em questões relevantes para o julgamento das ações de improbidade em curso – prescrição intercorrente e o dolo como elemento do ato de improbidade –, conclui-se que a decisão definitiva a ser adotada pelo excelso Supremo Tribunal Federal terá indubioso efeito sobre as ações de improbidade em curso, inclusive aquelas em fase de execução/cumprimento de sentença.

## CONCLUSÃO

Conclui-se que a Lei nº 14.230/2021, que modificou a Lei nº 8.429/92, possui aplicação imediata nas ações em curso, inclusive nas execuções/cumprimentos de sentença, com inegáveis reflexos diretos nas penalidades afetas no Direito Eleitoral. 



**MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS** é Advogado no Rio de Janeiro – RJ Vice-Presidente do Instituto Ibero Americano de Direito Público – IADP, Membro da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social, Membro do IFA – Internacional Fiscal Association. Conselheiro efetivo da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social.

# STF reconhece a constitucionalidade da norma limitadora de planejamentos tributários abusivos

■ POR MARIANA APGÁUA

“Um aspecto formal de extrema relevância é o fato de que eventuais autuações, baseadas unicamente no parágrafo único do artigo 116 do CTN, deveriam ser canceladas, pela ausência de regulamentação da matéria.”

No último dia 27 de abril foi publicado o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI 2446, que discutia a constitucionalidade do parágrafo único do art. 116 do CTN.

A referida norma foi incluída no ordenamento jurídico por meio da LC 104/2001, autorizando as Autoridades Administrativas a desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com o objetivo de dissimular a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

Os argumentos apresentados quanto à possível inconstitucionalidade da norma foram as ofensas aos princípios da legalidade, da tipicidade e da separação de poderes, especialmente pelo risco de que esse dispositivo seja utilizado para invalidar os planejamentos tributários que busquem a economia fiscal, sob o argumento de que se trata de ato sem propósito negocial.

No caso, a ministra relatora Carmen Lúcia, que foi acompanhada pela maioria dos ministros, com exceção de Ricardo Lewandowski e Alexandre de Moraes, consignou que, “a despeito dos alegados motivos que resultaram na inclusão do parágrafo único ao art. 116 do CTN, a denominação “norma antielisão” é de ser tida como inapropriada, cuidando o dispositivo de questão de norma de combate à evasão fiscal”.

Para a relatora, a norma busca conferir “máxima efetividade não apenas ao princípio da legalidade tributária, mas também ao princípio da lealdade tributária”.

Ademais, a ministra indicou que, para a plena eficácia dessa norma, é necessária edição de lei ordinária para sua devida regulamentação.

Apesar de a ação ter sido julgada de forma desfavorável aos contribuintes (afinal, trata-se de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, com o reconhecimento da constitucionalidade da norma questionada), a ministra Relatora trouxe em seu voto balizas extremamente relevantes para a análise da legalidade/validade dos planejamentos tributários, ainda que tais critérios sejam



extremamente subjetivos, a exemplo do que seria a boa-fé quando da formalização de tais atos.

Nos termos do voto da ministra Cármen Lúcia, a despeito da constitucionalidade do parágrafo único do art. 116, é plenamente legítimo ao contribuinte identificar meios legais para a redução da carga tributária, já que “a norma não proíbe o contribuinte de buscar, pelas vias legítimas e comportamentos coerentes com a ordem jurídica, economia fiscal, realizando suas atividades de forma menos onerosa, e, assim, deixando de pagar tributos quando não configurado fato gerador cuja ocorrência tenha sido lícitamente evitada”.

Com efeito, não há qualquer irregularidade na figura do planejamento tributário, ou seja, a elisão fiscal. Muito pelo contrário. O planejamento tributário está diretamente relacionado a direitos constitucionais, como a livre organização/iniciativa e liberdade econômica (art. 1º, IV, art. 3º, inciso I e 170 da CF/88), livre concorrência (art. 170, IV CF/88) e as demais previsões ao longo do art. 5º da CF/88, em especial as disposições no caput e incisos II e XIII, que expressam a liberdade do indivíduo ou entidade de organizar sua própria vida/negócio, principalmente no que tange a liberdade contratual, bem como no princípio da legalidade e na garantia do direito de propriedade.

Ou seja, é evidente que o próprio texto constitucional garantiu o direito de cada indivíduo, sócio ou em conjunto, de organizar os seus negócios como melhor lhe aprouver. Assim, a não ser que exista expressa vedação legal, não há qualquer legitimidade em coibir o melhor exercício da atividade empresarial.

Indo adiante, a ministra afastou ainda qualquer possibilidade de adoção, pelo legislador do parágrafo único do art. 116 do CTN, da teoria da interpretação econômica do fato gerador. Ou seja, não é possível “a autoridade fiscal usurpar competência legislativa, realizando tributação por analogia ou fora das hipóteses legalmente previstas, mediante interpretação econômica”.

Assim, a desconsideração da operação ficaria restrita aos casos em que há efetiva demonstração de atos ilícitos com o objetivo de obstar a real motivação da operação – dissimulação.

Nesse sentido, é possível concluir que a mera redução da carga tributária em decorrência de eventuais planejamentos realizados pelos contribuintes, desde que esses atos e negócios jurídicos sejam prévios à ocorrência do fato gerador, válidos de acordo com a legislação vigente e não simulados, não é motivo para que as Autoridades Fiscais desconsiderem os efeitos deles decorrentes.

Ademais, o legislador ordinário, quando da regulamentação exigida para a aplicação do parágrafo único do art. 116 do CTN, já possui limites que devem ser observados, sob pena de violação à ordem constitucional.

Por fim, um aspecto formal de extrema relevância é o fato de que eventuais autuações, baseadas unicamente no parágrafo único do artigo 116 do CTN, deveriam ser canceladas, pela ausência de regulamentação da matéria. **C**



MARIANA APGÁUA é Advogada.



## Os precatórios judiciais – regime normal e especial – vinculação para o profissional da educação (Fundef/Fundeb)

■ POR FLAVIO CORRÊA DE TOLEDO JUNIOR

**“Tendo em mira os precatórios Fundef/Fundeb pagos pela União antes de 16 de dezembro de 2021 (a data da EC 114), os governos não precisam, necessariamente, manter a destinação favorável ao magistério (60%), desde que, claro, tenham usado o valor em gastos relacionados à educação básica.”**

**A** pós condenação final, transitada em julgado, o Tribunal de Justiça determina que os entes federados, suas autarquias e fundações paguem a quantia devida ao credor. Esse comando é o tal precatório judicial.

No regime normal de pagamento, os precatórios apresentados até 2 de abril devem ser quitados até o final do ano seguinte, sob as condições ditas no art. 100 da Constituição (a anterior data-base era 1º de julho).

Alentada a grandeza da dívida com sentenças judiciais; em números de 2020, os três níveis de governo deviam nada menos que R\$ 194,70 bilhões<sup>1</sup>, algo em torno de 2,7 vezes a receita do Estado do Rio de Janeiro, de igual época.

Tendo em vista que o orçamento público é bastante comprometido com despesas obrigatórias e inadiáveis, a quitação normal de precatórios mostrava-se

inviável em muitos estados e municípios, o que motivou, desde a Constituição de 1988, nada menos que seis parcelamentos; veio daí o regime especial de pagamento de tal passivo, tratado em várias passagens das Disposições Constitucionais Transitórias.

Nesse alongamento de prazos, o Supremo Tribunal Federal (STF) deu sobrevida à anterior derrubada da Emenda Constitucional 62/2009, ensejando a chamada modulação, vale dizer, um abrandamento na intenção original do legislador. E, com base nessa moderação da Suprema Corte, vieram mais três emendas constitucionais de parcelamento, favorecendo apenas Estados e Municípios com dívida judicial na data da modulação do STF: 25 de março de 2015.

Bem por isso, Estados e Municípios sem dívida judicial no dia 25 de março de 2015, nenhum deles têm direito às vantagens do regime especial de pagamento; persistem submetidos ao regime normal, o do art. 100 da Constituição, adiante comentado com as alterações provenientes das emendas constitucionais 62/2009, 94/2016, 113/2021e 114/2021.

E, mais à frente, veremos os contornos básicos do regime especial, para, ao final, analisarmos questão polêmica: os precatórios Fundef/Fundeb guardam, ou não, destinação favorável à remuneração do profissional do magistério? O Supremo Tribunal Federal (STF) teria invalidado trecho da Emenda Constitucional 114, de 2021?

## **O REGIME NORMAL DE PAGAMENTO E O ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO**

Logo em seu *caput*, o artigo 100 apresenta os requisitos básicos da sistemática normal: a ordem cronológica e a previsão orçamentária na qual se veda a designação de casos ou pessoas. Com efeito, o § 6º preceitua que as respectivas dotações são consignadas diretamente ao Poder Judiciário, impossibilitada, a rigor, transferências para outras rubricas do orçamento.

De todo modo, a Lei de Responsabilidade Fiscal impõe que o sistema de escrita contábil depois identifique os recebedores de sentenças judiciais:

Art. 10. A execução orçamentária e financeira identificará os beneficiários de pagamento de sentenças judiciais, por meio de sistema de contabilidade e administração financeira, para fins de observância da ordem cronológica determinada no art. 100 da Constituição.

Nos parcelamentos constitucionais de precatórios, é do Tribunal de Justiça a incumbência de elencar os beneficiados; nesse caso, há certa dificuldade para a Administração Financeira atender à sobredita norma fiscal, sobretudo nos Estados e municípios de grande porte.

Na classificação nacional do gasto público, todos os precatórios, inclusive os de baixa monta, incluem-se na rubrica 91 – Sentenças Judiciais, que tanto pode compor a despesa corrente (ex.: precatórios alimentares), quanto à de capital (ex: precatórios relacionados à desapropriação de bens imóveis).

E, para maior transparência, os tribunais de contas exigem o detalhamento daquela rubrica de gasto, daí surgindo os subelementos de despesa como

requisitórios de pequeno valor (RPV); alimentares; não alimentares; acordos diretos com os credores; preferências (idosos, deficientes etc.); do exercício anterior; do exercício corrente, entre tantos outros. De qualquer forma, vale recordar que, no Brasil, a apresentação obrigatória do gasto vai até o elemento de despesa, sendo o subelemento uma informação gerencial (art. 15, de Lei nº 4.320, de 1964).

No universo do passivo em questão, os débitos de natureza alimentícia têm absoluta preponderância (mais de 80% do todo); referem-se aos ganhos judiciais do funcionalismo e dos beneficiários do INSS, além das indenizações por morte ou invalidez (ex.: acidente provocado por viatura oficial).

E, no artigo 100 da Constituição, os § 1º e 2º dizem as preferências de pagamento, limitadas a três vezes o requisito de baixa monta, cujo valor, se outro não for estipulado em lei própria, é o definido na própria Constituição: trinta salários mínimos para os municípios; quarenta para os estados (art. 97, § 12, II, do ADCT).

Sempre relacionadas a precatórios alimentares, eis as preferências no pagamento das sentenças judiciais: a) pessoas com mais de 60 anos de idade; b) portadores de doenças graves; c) pessoas com deficiências definidas em lei.

Mais à frente, o § 3º preceitua que certas demandas não se caracterizam, estrito senso, como precatório judicial; é o caso dos requisitos de pequeno valor (RPV), já antes citados. De fato, enquanto o precatório apresentado até 2 de abril pode ser honrado até 31 de dezembro do ano seguinte (§ 5º, do art. 100, CF), o RPV, em prazo bem mais apertado, deve ser quitado, geralmente, até sessenta dias da determinação judicial (vide, por exemplo, o art. 17, da Lei Federal 10.259/2021).

Ainda no art. 100, o § 8º proíbe fracionamento dos precatórios não relacionados às preferências antes ditas. Evidente que tal artifício possibilita enquadramento no RPV e, no bem mais curto tempo de recebimento.

Aqui, vale ilustrar que, conforme a Emenda Constitucional 62/2009, Estados e Municípios poderiam, em 180 dias (até 9.6.2010), editar lei fixando o limite do requisito de pequeno valor (RPV), não menor, contudo, que o piso de benefícios do INSS (em 2022, R\$ 7.087,11); caso contrário, tal passivo seria bem maior, tal qual se vê no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT):

Art. 97, ADCT – (...)

(...)

§ 12. Se a lei a que se refere o § 4º do art. 100 não estiver publicada em até 180 (cento e oitenta) dias, contados da data de publicação desta Emenda Constitucional, será considerado, para os fins referidos, em relação a Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, omissos na regulamentação, o valor de:

I – 40 (quarenta) salários mínimos para Estados e para o Distrito Federal;

II – 30 (trinta) salários mínimos para Municípios.

No entanto, uma liminar da presidente da Suprema Corte, em julho de 2018, deu ganho de causa ao município de Garanhuns (PE), que, bem depois daquele prazo da Emenda 62, fixou em R\$ 5.189,00 seu requisito de baixa monta, liberando-se, portanto, do padrão constitucional (então de R\$ 28.620,00).

Por evidente, o gestor público quer reduzir o valor da baixa monta (RPV), no escopo de alongar os prazos de pagamento (conforme Reclamação RCL 31.127).

Para aquela presidente, a ministra Carmen Lucia, “não há que se cogitar de incidência do prazo de 180 dias (o da Constituição; até 9.6.2010) e consequentemente em perda de limite temporal para o Município editar lei fixando o teto para as RPVs”. Para confirmar esse seu entendimento, a ministra citou vários precedentes da Suprema Corte (vide Comunicado 147<sup>2</sup>).

No art. 100 da Constituição, o § 5º define os prazos do regime normal, sendo que, com a Emenda Constitucional 114/2021, foi antecipada a data final de apresentação dos precatórios; do outrora 1º de julho para o atual 2 de abril, mantido o pagamento no mesmo prazo: até o final do exercício seguinte. Contudo, tal modificação vale a partir de 2022, para quitação até o término de 2023.

Em face daquela antecipação temporal, a Administração melhor prevê a capacidade de pagar os precatórios devidos, inserindo os de maior valor, financeiramente inviáveis, no anexo de riscos fiscais da lei de diretrizes orçamentárias – LDO (art. 4º, § 3º, da Lei de Responsabilidade Fiscal).

Na preterição de seu direito, o credor do precatório pode requerer sequestro judicial da quantia respectiva (§ 6º).

E, na falta de pagamento das sentenças judiciais, alguns tribunais de contas têm rejeitado o balanço anual do chefe do Poder Executivo, por desrespeito à norma constitucional (art. 100). Então, se impossível honrar, no regime normal, uma demanda de grande valor, deve a Fazenda Pública logo tentar parcelamento com o credor, homologando-o, logo em seguida, no Tribunal de Justiça (vide Comunicado 239<sup>3</sup>).

Não é demais lembrar que a Constituição propõe intervenção estadual sobre o município que descumpra ordem judicial (art. 35, IV, da CF). Então, à priori, a não quitação de precatórios acarretaria tal intromissão de outro governo. No entanto, deliberou o Supremo Tribunal Federal (STF) que aquela ordem não pertence ao universo jurisdicional da Justiça, mas, sim, à sua esfera administrativa; em suma, precatório não é ordem judicial, descabendo, portanto, a tal intervenção (IF 164/SP – São Paulo – Acórdão – Tribunal Pleno – julgamento em 13/12/2003).

No § 9º, do art. 100, precatória que deve ao Município (Dívida Ativa) deposita, primeiro, sua pendência no Judiciário, que decidirá sobre o cabimento do encontro de contas. Esta inovação veio com a Emenda 113/2021, já que, na redação anterior, o débito do precatória era automaticamente abatido de seu crédito.

No § 11, o credor pode utilizar seu precatório na liquidação de débitos com o governo, na compra de imóveis públicos, na aquisição de ações de sociedades de economia mista, entre outras possibilidades. Contudo, o ente federado deve, necessariamente, disciplinar essa operação em lei específica.

No § 13, o precatória pode ceder seu crédito a terceiros, depois comunicada essa transferência ao respectivo Tribunal de Justiça (§ 14).

Por último, de dizer que os precatórios devem estar incluídos na dívida de longo curso do ente estatal (consolidada). E, mesmo que integrem outro tipo de endividamento, o de curto prazo (flutuante), os precatórios vencidos e não pagos compõem o cálculo do respectivo limite fiscal. É bem isso o que determina a Lei de Responsabilidade Fiscal:



Art. 30 – (...)

(...)

§ 7º Os precatórios judiciais não pagos durante a execução do orçamento em que houverem sido incluídos integram a dívida consolidada, para fins de aplicação dos limites.

## **OS SEIS PARCELAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE PRECATÓRIOS – O REGIME ESPECIAL DE PAGAMENTO**

O primeiro fracionamento veio logo no texto original da Constituição de 1988.

Depois, outras duas emendas constitucionais, a 30/2000 e a 62/2009, foram derrubadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Contudo, a Suprema Corte, em 25 de março de 2015, revê a anulação da Emenda 62, modulando seu anterior desfazimento, ou seja, abrandando a intenção original do legislador constituinte derivado.

Em face das diretrizes moduladoras do Supremo, os parlamentares dão forma ao quarto, quinto e sexto parcelamento de precatórios, os das Emendas Constitucionais 94/2016 (até 2020), 99/2017 (até 2024) e, sob o contexto emergencial da pandemia Covid-19, a Emenda 109/2021 alongou o prazo de pagamento até 2029.

Todas essas alterações constitucionais beneficiaram os entes em que os precatórios mais pesam sobre a arrecadação: os Estados e os Municípios.

No entanto, a primeira moratória de precatórios da União objetivou-se na Emenda Constitucional 114, de 2021, regramento que não modificou o prazo para Estados e Municípios saldarem, de forma parcelada, suas dívidas judiciais; continua, portanto, eficaz o prazo da Emenda 109/2021: até 31.12.2029.

Em assim sendo e no tocante aos Estados e Municípios, o atual regime especial de pagamento obedece às seguintes regras:

a) O parcelamento é só para os que, em 25 de março de 2015, possuíam dívida judicial em seu passivo; os demais seguem o regime normal de pagamento (art. 100, da CF);

b) O regime especial também inclui os novos precatórios, apresentados ao longo do parcelamento;

c) Em proporção à receita corrente líquida (RCL), a Administração apura um valor suficiente para liquidar o passivo até 2029, se bem que o depósito anual não pode ser menor que o realizado no exercício de 2017; eis o piso do regime especial: o percentual desembolsado no ano da Emenda Constitucional 99;

d) Anualmente, os entes devedores apresentam um plano de pagamento ao Tribunal de Justiça, que, não raras vezes, ordena percentual maior de pagamento, no escopo de ver liquidado, em menor tempo, o passivo judicial de Estados e Municípios;

e) Os entes devedores depositam, todo mês, um duodécimo do percentual determinado sobre a RCL; em conta especial administrada exclusivamente pelo Tribunal de Justiça (TJ);

f) Mediante acordos com o titular do precatório, depois homologados na Justiça, os governos poderão obter descontos de até 40%;



g) O precatarista pode solicitar redução de suas dívidas junto à Fazenda Pública, para tal oferecendo precatórios contra o mesmo ente federado;

h) Estado ou Município poderão utilizar, no parcelamento, 75% dos depósitos judiciais, desde que instituem um fundo garantidor, constituído pela parcela restante dos depósitos judiciais (os demais 25%);

i) Na utilização dos depósitos judiciais, os recursos nunca passam pelas contas bancárias do Estado ou Município; serão transferidos, diretamente, da instituição financeira para a conta especial do Tribunal de Justiça.

## **OS PRECATÓRIOS FUNDEF/FUNDEB E A DESTINAÇÃO AOS PROFESSORES DO MAGISTÉRIO.**

Como antes dito, a Emenda Constitucional 114/2021 assegurou o primeiro parcelamento do Governo Federal e, nesse contexto, os precatórios do extinto Fundo do Ensino Fundamental (Fundef) foram assim fracionados:

Art. 4º Os precatórios decorrentes de demandas relativas à complementação da União aos Estados e aos Municípios por conta do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef) serão pagos em 3 (três) parcelas anuais e sucessivas, da seguinte forma:

I – 40% (quarenta por cento) no primeiro ano;

II – 30% (trinta por cento) no segundo ano;

III – 30% (trinta por cento) no terceiro ano.

De fato, Estados e Municípios vêm recebendo precatórios da União, face ao suplemento pago a menor do que o determinado na legislação orientadora dos extintos Fundef e Fundeb<sup>4</sup>.

Quanto a tais precatórios, o Tribunal de Contas da União (TCU) decidiu, em 2018, que inexistia obrigação de utilizar 60% na remuneração do magistério, ainda que o montante seja todo utilizado em despesas típicas do ensino (Acórdão 2.866).

Contudo, três anos depois, a Emenda nº 114/2021 dispôs que os governos beneficiados aplicarão, na forma de abono, 60% dos precatórios em favor dos professores e especialistas do ensino, nisso incluídas as aposentadorias e pensões:

Art. 5º As receitas que os Estados e os Municípios receberem a título de pagamentos da União por força de ações judiciais que tenham por objeto a complementação de parcela desta no Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef) deverão ser aplicadas na manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental público e na valorização de seu magistério, conforme destinação originária do Fundo.

Parágrafo único. Da aplicação de que trata o *caput* deste artigo, no mínimo 60% (sessenta por cento) deverão ser repassados aos profissionais do

magistério, inclusive aposentados e pensionistas, na forma de abono, vedada a incorporação na remuneração, na aposentadoria ou na pensão.

A questão parecia resolvida, até que o Supremo Tribunal Federal (STF), em 18.03.2022, confirma a antes mencionada decisão do TCU, concluindo que os tais precatórios não precisam, necessariamente, ser despendidos em vencimentos do magistério, ou seja, o recurso está livre da vinculação de 60% (ADPF 528).

Segundo a Confederação Nacional dos Municípios (CNM)<sup>5</sup>, “o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou constitucional decisão do Tribunal de Contas da União (TCU) que desobrigava Estados e Municípios de destinarem percentual mínimo de recursos complementados pela União, via precatórios, para pagamento de profissionais do magistério. A maioria dos ministros votou pela improcedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 528”.

Põe-se, então, questão polêmica: a Suprema Corte teria invalidado o antes transcrito parágrafo único, do art. 5º, da Emenda 114?

Mais à frente, a Lei nº 14.235, de 12.04.2022, faz inserções na lei do novo Fundeb (nº 14.113, de 2020), determinando, consoante a Emenda 114, que os precatórios pagos pela União, inclusive os futuros – do novo e permanente Fundeb – estão sim sujeitos à destinação mínima em prol dos servidores do ensino; isso, nos termos que seguem:

a) Precatórios do extinto Fundef: 60% para o profissional do magistério em efetivo exercício entre 1997 e 2006;

b) Precatórios do antigo Fundeb: 60% para o profissional magistério em efetivo exercício entre 2007 e 2020;

c) Precatórios do novo e permanente Fundeb: 70% para todos os profissionais da educação, quer do magistério (professores e especialistas em Pedagogia), quer para os demais que servem o ensino (secretários de escola, bedéis vigilantes, merendeiras, porteiros, funcionários administrativos etc.), desde que, doravante, a União suplete a menor os governos com direito a reforço financeiro (VAAF, VAAT ou VAAR).

E, para cada profissional do ensino, o rateio será proporcional à jornada de trabalho e aos meses de efetivo exercício.

Além do mais, a Lei nº 14.325/2022 dispõe que tem caráter indenizatório o precatório rateado, não se incorporando à remuneração do servidor. E se é indenizatório o pagamento, entendemos que está livre do desconto do Imposto de Renda e das contribuições previdenciárias (INSS ou RPPS), assim como é, por exemplo, nas férias e licenças-prêmio pagas em pecúnia.

De toda forma, sobredito diploma quer que Estados e Municípios disciplinem, em lei específica, os critérios de divisão entre os profissionais beneficiados. Nesse caso, o parlamentar – vereador ou deputado estadual – deve atestar, mediante instrumento legal, o interesse público de o rateio priorizar, por exemplo, o professor de sala de aula.

No descumprimento das condições antes descritas, o Governo Federal suspenderá as transferências voluntárias aos Estados e Municípios.


Então, o centro da polêmica é porque, enquanto a Emenda Constitucional 114/2021 e a Lei nº 14.325/2022 indicam a vinculação remuneratória dos precatórios Fundef/Fundeb, em sentido aparentemente contrário, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Tribunal de Contas da União (TCU) se posicionam contrários àquela destinação salarial.

De nossa parte, entendemos que a Suprema Corte limitou-se a confirmar posição do TCU em época que inexistia legislação sobre uso dos precatórios Fundeb/Fundeb. Todavia, após a edição da Emenda nº 114/2021, dúvida não resta que parcela dos tais precatórios são, sim, para os professores da educação básica. É o que se vê no voto do ministro-relator<sup>6</sup>:

“Considerando que o objeto impugnado na presente ADPF é um pronunciamento da Corte de Contas (TCU) proferido em momento anterior à EC 114/2021, apreciando situações concretas à luz do texto constitucional e da legislação então vigentes, suas conclusões devem ser consideradas válidas, mas é necessária a modificação do entendimento daquele órgão, a partir do novo parâmetro constitucional”.

## CONCLUSÃO

Tendo em mira os precatórios Fundef/Fundeb pagos pela União antes de 16 de dezembro de 2021 (a data da EC 114), os governos não precisam, necessariamente, manter a destinação favorável ao magistério (60%), desde que, claro, tenham usado o valor em gastos relacionados à educação básica. Nessa hipótese – a dos precatórios antigos – descaberia o pedido dos professores receber a vinculação remuneratória.

Pagos pela União após aquela data, aí sim, Estados e Municípios obedecerão ao comando da Emenda 114 (art. 5º, parágrafo único), revertendo 60% para os profissionais do magistério, inclusive os aposentados e pensionistas; tudo, mediante abono não incorporado à remuneração e segundo os critérios definidos em lei local específica. 

## NOTAS

- 1 <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/11/pec-dos-precatorios-beneficia-estados-e-municipios-inadimplentes-em-r-1435-bi.shtml>
- 2 <https://fiorilli.com.br/147-os-requisitorios-de-pequeno-valor-rpv/>
- 3 <https://fiorilli.com.br/239-regime-normal-de-precatorios-parcelamento-com-o-creditor-homologacao-no-tribunal-de-justica/>
- 4 Alagoas, Amazonas, Bahia, Ceará, Maranhão, Pará, Paraíba, Pernambuco e Piauí.
- 5 <https://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/supremo-valida-decisao-do-tcu-sobre-pagamento-de-professores-com-recursos-do-antigo-fundef>
- 6 <https://fiorilli.com.br/comunicado-461-precatorios-fundef-fundeb-ha-ou-nao-vinculacao-favoravel-ao-magisterio-60/>



**FLAVIO CORRÊA DE TOLEDO JUNIOR** é Professor de Orçamento Público e Responsabilidade Fiscal. Ex-Assessor Técnico do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCESP). Consultor da Fiorilli Software.

# Justiça Social é um dever coletivo

■ POR CÁSSIO FAEDDO

**E**m 20 de janeiro, data em que se comemora o Dia Internacional da Justiça Social, relembramos Boaventura de Sousa Santos.

Boaventura de Sousa Santos é português, sendo um aclamado e respeitado sociólogo do Direito. É detentor de inúmeras obras nas quais a distribuição de justiça, direitos humanos e preocupação com a deterioração das democracias são constantes.

Para Santos (2018), primordialmente, *“não existe justiça social global sem justiça cognitiva. Não haverá sucesso se tudo depender exclusivamente de uma distribuição mais equitativa do conhecimento científico.”*

Isso é necessário – ter saberes, “para que todas as vozes possam concorrer em pé de igualdade”.

Justiça Social existirá com plenitude, quando a maioria puder ter acesso aos saberes, em um novo iluminismo, para que possam dirimir e corrigir os problemas da sociedade em um Estado Democrático de Direito integral e para todos.

E, em Santos, concordamos que o cidadão não pode, apequenado, diante da Justiça Estátua, enxergá-la como uma deusa distante, cara, bela e inacessível aos mais pobres.

Boaventura afirma que é necessário que sejam estabelecidos os deveres do indivíduo para com a comunidade, como é bastante comum na cultura oriental. Em contraponto, temos valores no ocidente de individualismo de direitos e a comunidade passou para segundo plano.


Entendemos como crucial resolver este grande problema oriundo de uma interpretação distorcida e absolutista dos direitos fundamentais. Esta questão, foi presente na pandemia da Covid-19, na qual o conflito entre interesses individuais e coletivos foi constante.

Muitos destes interesses individuais desaguarão em um Poder Judiciário bastante sobrecarregado, desgastando o sistema de Justiça, haja vista a necessidade de dirimir os conflitos que poderiam terem sido resolvidos pela sociedade e seus governantes.

A busca por soluções no Judiciário demonstrou seriamente a dificuldade que as pessoas mais pobres tiveram para acessar a justiça, diante dos custos impostos pelo arcabouço jurídico. E as lides ocorreram majoritariamente nas áreas de direito social, como a trabalhista e previdenciária, as mais concorridas para as classes economicamente desfavorecidas.

Falar de justiça social, necessariamente, não será somente entender como justiça aquela ocorrida nas varas e tribunais, mas também as perseguidas pelo povo nos sistemas público e privado.

Justiça Social é trabalho digno, alimento nutritivo e barato, direito à moradia, e de receber informações verdadeiras nos sistemas de comunicação, dentre outros direitos.

Desta maneira, Justiça Social é um dever coletivo, seja do Estado, seja dos particulares, quando todos entendermos que vivemos em sociedade na qual o direito individual deve ter como fundamento de existência a harmonia com o direito coletivo. 



**CÁSSIO FAEDDO** é Advogado. Mestre em Direitos Fundamentais. Especialista em Ciências Sociais – USCS. MBA em Relações Internacionais – FGV/SP.



**FALAR LIBERTA**

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

**#NÃOSECALE**

**Queremos ouvir você.**

**UMA  
VOZ**

**CHAMA  
OUTRA**